CRIMES,
SEGURANÇA
PÚBLICA
E SOCIEDADE

(ORGANIZADORES)
ANDRÉ BARBOSA
MAIQUEL WERMUTH
CAROLINA DE MEDEIROS
MÁRCIO FERREIRA

CRIMES, SEGURANÇA PÚBLICA E SOCIEDADE

EDITORA MULTIFOCO
Rio de Janeiro, 2017

SOBRE O CAED-JUS

O **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- ❖ Democratização da divulgação e produção científica
- ❖ Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes
- ❖ Hall of fame com os premiados de cada edição
- ❖ Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- ❖ Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus** (hangouts, palestras, minicursos, etc)
- ❖ Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- ❖ Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido e Alemanha.

Em 2017, o evento ocorreu entre os dias 05 a 07 de julho de 2017 e contou com 10 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos dez livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2017. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Eduardo Manuel Val (UFF/UNESA), Juan Carlos Balerdi (Instituto Ambrosio L. Gioja – Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires) e Clarissa Brandão (UFF). O trabalho premiado foi de autoria de Ana Claudia Andreucci e Michelle Junqueira sob o título "Infância do consumo e o consumo da infância: reflexões sobre o 'totalitarismo consumista' e o incentivo à transgressão e à violência infantil na sociedade pós-moderna".

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Anna Carolina Moraes Ribeiro Maia

INTRODUÇÃO

A Presunção de Inocência consiste em um instituto cujo maior destaque se verifica a partir do século XVIII, quando se constata, através de ideais iluministas, a necessidade de se enfrentar o Antigo Regime, o qual estabelecia um tratamento opressor contra o indivíduo que viesse a figurar como investigado ou réu em algum procedimento de natureza criminal.

Posteriormente, o direito de ser considerado um sujeito inocente enquanto não houvesse qualquer pronunciamento judicial que configurasse sua condição como tal passa a ser objeto de proteção por parte de alguns diplomas internacionais, sendo a condição de inocente de um indivíduo considerada um dos corolários dos direitos humanos em sede processual.

Com inspiração em diversos diplomas estrangeiros, inclusive sendo o Brasil signatário de Tratados e Convenções Internacionais que tutelam a figura do acusado, a Constituição da República de 1988 inseriu a Presunção de Inocência como um de seus princípios processuais elencados no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Ao longo da vigência da supracitada Carta Maior houve mudanças no que diz respeito à análise hermenêutica do princípio pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a este coube a interpretação, fiscalização e aplicação das regras e princípios constitucionais.

Nesse contexto, houve discussão ao longo dos últimos anos acerca da possibilidade de execução provisória advinda de decisão judicial que considerasse o réu culpado pela prática de uma determinada infração penal.

O grande debate baseou-se na redação do art. 5º, inciso LVII da CRFB/88 e, posteriormente, no conteúdo inserido no art. 283 do Código de Processo Penal, a partir da redação conferida pela Lei 12.403/11. Em um primeiro momento se compreendeu pela impossibilidade de prisão em caráter provisório advinda de decisão não transitada em julgado.

Entretanto, recentemente a Suprema Corte Brasileira, através de decisão em que não houve unanimidade de votos quanto à posição prevalecente, entendeu que não haveria violação ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência o início de cumprimento de pena a partir de decisão penal condenatória de segundo grau, com base nos fundamentos que serão expostos.

1. CONCEITO

O vocábulo presunção, conforme o Grande Dicionário Sacconi, significa juízo, teoria ou opinião formada por suspeita, com fundamento em fatos anteriores (Sacconi, 2010).

Dessa maneira, se permite concluir que a presunção de inocência encontra subsídio no postulado de que todo aquele investigado, indiciado ou acusado, deve ser tratado como se inocente fosse, uma vez não haver fatos pretéritos submetidos a um procedimento em contraditório que admitam concluir que aquele indivíduo seja culpado pela prática de um ilícito penal.

Sob esta ótica extrai-se que o estado de inocência pode ser considerado a regra se for levado em conta o devido processo legal em um Estado Democrático de Direito. Far-se-á necessário que seja demonstrada a prática de uma determinada infração penal por um determinado sujeito, sob pena deste manter sua condição de pessoa inocente.

Atualmente a Presunção de Inocência se encontra inserta no rol dos direitos e garantias fundamentais, encontrando sua norma prevista no art. 5º, inciso LVII da CRFB/88, o qual prevê que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*

Diante do tratamento concedido pela Carta Maior Brasileira, atualmente a Presunção de Inocência possui *status* de princípio constitucional a ser aplicado nos âmbitos criminal e administrativo, sendo que o foco no presente trabalho estará voltado à esfera criminal.

2. ESBOÇO HISTÓRICO

A presunção de inocência apresenta-se, dentre tantas outras, como uma forma de resistência ao Antigo Regime através de ideais iluministas, que encontraram maior espaço no Século XVIII, em especial, através das Revoluções Liberais. Nas palavras de Gustavo Badaró:

> O processo penal é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, a presunção de inocência. A presunção de inocência é fundamento sistêmico e estrutural do processo penal acusatório, que surgiu como uma reação ao sistema inquisitório. O princípio da presunção de inocência

> é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana (Badaró, 2016).

Foi a partir dos ideais de liberdade proclamados em tais movimentos que a ideia de liberdade se difundiu sobre um modelo opressor, em que o Estado figurava como órgão acusador e o réu como a parte que sofria a acusação e que teria o dever de provar a sua inocência, ainda que não dispusesse de mecanismos para esse exercício. Cesare Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas* já defendia que, previamente à sentença do juiz, não poderia ser o homem chamado tratado como réu (BECCARIA, 1997).

Sob o contexto até então existente vivia-se tempos de opressão estabelecidos pelo Antigo Regime, cujo poder soberano estava em poder da Igreja e da nobreza, onde operava-se um sistema inquisitório, sem uma efetiva garantia de defesa àquele que fosse acusado pela prática de uma determinada infração penal.

> A Presunção de Inocência foi consagrada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º proclamava o duplo significado do preceito idealizado pela Assembleia Nacional Francesa. De um lado, regra processual, segundo a qual o acusado não é obrigado a fornecer provas de sua inocência, que é presumida; de outro, regra de tratamento, impedindo adoção de medidas restritivas da liberdade do acusado, ressalvados os casos de absoluta necessidade (MIRZA, 2008).

No que diz respeito à regra processual ou regra probatória, importante esclarecer que, em se tratando de processo penal, o ônus probatório caberá exclusivamente ao órgão de

acusação, uma vez que é o Estado quem suscita a discussão levada a fins processuais acerca do cometimento de um crime ou contravenção penal praticada pelo acusado.

Sob tal prisma, um dos direitos a serem observados é o do silêncio. Compreende-se, assim, que a postura de um acusado em se quedar inerte e negar informar qualquer dado deva ser respeitado. Em se tratando de um devido processo legal a tramitar em um sistema acusatório que observe a ampla defesa e o contraditório, não se pode admitir o direito ao silêncio utilizado contra a figura do acusado.

Constata-se assim que a presunção de inocência se encontra atrelada a outros princípios e direitos, sendo o direito ao silêncio um destes, o qual ganha respaldo no próprio texto constitucional, conforme preceitua o art. 5º, inciso LXIII[1], o qual prevê que o preso será informado a respeito de seus direitos, dentre eles o de permanecer calado, assim como o art. 8º, inciso 2, letra g, da Convenção Americana de Direitos Humanos que confere o direito de não ser obrigado a depor contra si.

> Artigo 8. Garantias judiciais:
>
> 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
>
> g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

---

1. **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **LXIII** - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Em âmbito infraconstitucional vige o art. 186 do Código de Processo Penal, o qual determina ao juiz o dever de informar ao acusado acerca de seu direito de permanecer calado, não sendo obrigado a responder a perguntas a ele formuladas. Assim, caberá a defesa escolher a estratégia que entenda mais pertinente ao longo do trâmite processual.

Dessa maneira, a ninguém poderá ser admitida a produção de prova contra si próprio, uma vez que ao acusado basta a mera negação de fatos ou mesmo o silêncio, caso assim entenda. Sendo levado em consideração um sistema acusatório, o ônus exclusivo de demonstrar os fatos inseridos na peça de acusação é devido ao membro do Ministério Público ou ao querelante, conforme a natureza da ação penal em curso.

Tratar-se-á de situação cujo objetivo primordial é a obtenção de um equilíbrio entre as partes, o que ensejará um ônus maior àquela mais forte na relação jurídica, qual seja, o Estado. Este deverá atuar através de toda a sua estrutura voltada à investigação para posterior acusação, sempre observando as limitações constitucionais e legais no que diz respeito à obtenção de provas de maneira lícita.

Em contraposição, há a figura do acusado, parte vulnerável da relação estabelecida no procedimento acusatório, uma vez que este não dispõe da mesma estrutura que o Estado para fins de produção de elementos que comprovem a sua situação de inocente.

Ao se falar em regra de tratamento, deve ser dispensada à figura do acusado um tratamento, no mínimo, neutro, tanto por parte do Estado, mas também por parte da sociedade. Assim, enquanto não houver uma sentença definitiva condenatória, o que deverá prevalecer será a condição de inocente do réu em âmbito criminal.

Vale acrescentar, quanto a esta última regra, a liberdade como um direito que deve ser preservado ao máximo, se permitindo tão somente a sua mitigação em hipóteses em que se torne absolutamente necessário o seu afastamento. O ordenamento jurídico brasileiro traz, dentre as circunstâncias excepcionais, a prisão preventiva, por exemplo.

Observação se deve ainda a menção a uma regra de julgamento, que poderia ser invocada às situações em que o órgão julgador estivesse diante de uma carência de elementos probatórios ao longo de um procedimento submetido ao contraditório e que trouxesse a certeza acerca da autoria, da ilicitude e da culpabilidade do acusado. A respeito da hipótese manifestou-se Badaró:

> Finalmente, a "presunção de inocência" também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão processo. Trata-se, pois, de uma disciplina do ônus da prova, além de qualquer dúvida razoável, da existência do crime e se sua autoria. Nesta acepção probatória, a presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo* (Badaró, 2016).

Conforme se extrai, sob tal aspecto, a presunção de inocência e o Princípio do *In Dubio Pro Reo* estariam muito próximos no que diz respeito ao seu conteúdo.

3. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DENTRE OS DIREITOS HUMANOS

Após a Segunda Guerra Mundial os homens em seus diferentes continentes sentiram o impacto negativo que regimes

totalitários provocaram em diversos países. O nazismo e o fascismo deixariam marcas que dificilmente seriam esquecidas. Era premente estabelecer um novo começo, em que fossem estabelecidas regras mínimas de respeito ao ser humano.

Sob tal contexto, foram editados tratados, pactos e convenções internacionais visando a garantia daqueles que seriam chamados direitos humanos. Tais normas seriam de aspecto não apenas material, mas também processual em alguns de seus diplomas, surgindo a presunção de inocência como um dos direitos tutelados por alguns deles.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 trouxe em seu corpo o art. 11.1 com enunciado no sentido de que presumir-se-ia a inocência sempre que não provada a culpabilidade de determinado homem através de um processo legal que garantisse a sua defesa. Posteriormente, o art. 14.2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, trouxe conteúdo no mesmo sentido.

> Artigo 11° - Declaração Universal dos Direitos Humanos
>
> 1.Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.
>
> Artigo 14 – Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos
>
> §2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Em passado mais recente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, mais conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, internalizada no direito brasileiro através do Decreto nº. 678/92, em seu art. 8º, §2º previu que todo acusado tem direito à presunção de sua inocência enquanto não comprovada legalmente a sua culpa.

Dessa maneira, se verifica tratar de matéria de interesse em âmbito internacional. Ultrapassada toda uma era de governos fascistas e ditatoriais, cujo direito de defesa e contraditório foram suprimidos, instrumentos internacionais fazem demonstrar a necessidade de serem estabelecidas regras e fim de serem evitados novos modelos arbitrários de poder.

4. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL: DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Sob o contexto dos movimentos sociais ocorridos no Brasil e que ensejaram na derrocada do Regime Militar no final do Século XX, fora promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, com um conteúdo que trouxe um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, dentre eles a presunção de inocência, conforme se extrai de seu art. 5º, inciso LVII. Nesse sentido manifesta-se Badaró (Badaró, 2014):

> A presunção de inocência é uma garantia política do cidadão. O processo penal é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, a presunção de inocência. A presunção de inocência é fundamente sistêmico e estrutural do sistema penal acusatório, que surgiu como uma reação ao sistema inquisitório.

Vale observar que, de certa maneira, a presunção de inocência já havia sido incorporada pelo direito brasileiro desde o conhecido Pacto de San Jose, de 1969. Por este raciocínio, desde a sua internalização no ordenamento jurídico pátrio ter-se-ia a presunção como uma das normas brasileiras, no entanto, seu caráter seria tão somente de norma legal.

Atualmente, o art. 5º, §3º da CRFB de 1988 traz previsão no sentido de que os tratados e convenções que versem acerca de Direitos Humanos terão natureza de emenda constitucional, caso sejam submetidos ao procedimento de aprovação por três quintos, em dois turnos das Casas integrantes do Congresso Nacional. Em não havendo tal trâmite, o *status* dessas normas serão de regras supralegais.

Ocorre que tal circunstância sequer amparou o Pacto do San Jose, uma vez que o conteúdo do dispositivo constitucional supracitado fora inaugurado tão somente com a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, ao tempo em que a presunção de inocência já havia sido elevada ao patamar de Princípio Constitucional pela CRFB de 1988.

No texto constitucional brasileiro, de forma diversa ao que ocorreu nas previsões insertas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e, na Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969, não há expressa menção ao termo "inocência" ou "inocente", razão pela qual surgiriam discussões acerca da adoção de um Princípio da Não Culpabilidade e não do Princípio da Inocência. Nesse sentido, Simone Schreiber:

> Não está dito no texto constitucional que todo o homem se presumirá inocente, até que seja condenado, mas sim que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em vista disso, não se estaria consagrando

> propriamente o princípio da presunção da inocência, mas sim o da desconsideração prévia da culpabilidade, de aplicação mais restrita (SCHREIBER, 2005).

Teria, assim, a Constituição da República de 1988 adotado a redação contida na Constituição Italiana de 1948, a qual não trouxe a figura do réu como presumidamente inocente. Para fins práticos, no entanto, não há maiores discussões acerca da terminologia em sede jurisprudencial, conforme aponta Renato Brasileiro, fazendo menção, inclusive, às ideias de Gustavo Badaró (LIMA, 2013):

> Na jurisprudência brasileira, ora se faz referência ao princípio da presunção de inocência, ora ao princípio da não culpabilidade. Segundo Badaró, não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas.

Dessa maneira, a discussão acerca da terminologia mais adequada ao princípio analisado possui natureza mais histórica, relacionada ao contexto em que surgiu, do que propriamente à sua utilização prática para fins de observância do devido processo penal em sede criminal.

5. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao longo do ano de 2016 o STF analisou pedido liminar no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 44, firmando posicionamento no sentido de admitir a execução provisória de pena com base em acórdão condenatório de 2º Grau,

independentemente do trânsito em julgado da decisão condenatória. O mérito ali exarado tão somente confirmou a apreciação realizada anteriormente no início do ano pelo seu Pleno.

Por conseguinte, a Suprema Corte Brasileira alterou entendimento exarado por seu Plenário no HC 84078, julgado em 05.02.2009 e tendo como relator o Ministro Eros Grau, atualmente aposentado. Àquele tempo, prevaleceu a tese no sentido de que, enquanto não houvesse trânsito em julgado de decisão penal transitada em julgado, não seria o réu constrangido ao início de cumprimento de pena.

Sob tal raciocínio, se levou em conta a presunção de inocência do acusado enquanto estivesse em trâmite algum mecanismo recursal ou simplesmente quando a decisão condenatória não tivesse configurado coisa julgada. O respaldo para tal posicionamento baseou-se no art. 5º, inciso LVII, da CRFB/1988.

Portanto, eventual recurso visando a reforma de decisão de 2º Grau que houvesse condenado criminalmente o réu ensejaria na ineficácia da mesma, ou seja, não estaria apta à produção de seus efeitos condenatórios.

Assim sendo, durante eventual análise de um dos recursos extraordinários, direcionados aos Tribunais Superiores, a prisão seria tão somente admitida de forma preventiva, com base no art. 312 do Código de Processo Penal Brasileiro, que traz a previsão dos requisitos para a restrição de liberdade.

Ocorre que, no início de ano de 2016, o Plenário do STF apresentou tese majoritária em sentido diverso no HC 126292, julgado em 17.02.2016, tendo como relator o Ministro Teori Zavascki. Passou-se, assim, defender-se que o acórdão condenatório proferido em sede de 2º Grau não se apresenta como impeditivo ao início da execução da pena por não haver afronta ao Princípio da Presunção de Inocência.

Na ocasião, posicionou-se o Ministro Roberto Barroso no sentido de que a presunção de inocência deve ser vista como um princípio e não como uma regra, devendo se buscar a efetividade do direito penal. Acrescentou o Ministro Edson Fachin que o objetivo da Constituição não é conferir uma terceira ou quarta chance ao acusado.

Um dos elementos trazidos à formação da tese foi baseado na tentativa de se estabelecer um equilíbrio entre a presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional, uma vez que, em se tratando de Direito Penal, não há apenas o interesse da pessoa do acusado, mas de toda a sociedade.

Desse modo, a não demonstração da culpa do acusado em definitivo não afasta a possibilidade do início da execução da pena em caráter provisório, uma vez que não se estaria ofendendo o estado de inocência daquele réu no processo penal. Em sentido contrário sustenta Gustavo Badaró:

> O dispositivo constitucional, contudo, não se encerra neste sentido político, de garantia de um estado de inocência. A presunção de inocência funciona, também, como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo a sua equiparação com os culpados. São manifestações claras deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal (Badaró, 2016).

No mesmo sentido Renato Brasileiro sustenta ter sido a Constituição da República de 1988 clara ao estabelecer que somente com o trânsito em julgado poderia ser afastado o estado de inocência que todos gozam (LIMA, 2013). Tratar-se-ia de mais uma voz na doutrina pátria a sustentar a impossibilidade

de tratamento como culpado daquele indivíduo que não teve sua condição de condenado determinada de forma definitiva.

Entretanto, não foi sob a regência de tais entendimentos que o STF firmou sua mais recente posição. Levou-se em conta não serem dotados de efeito suspensivo o Recurso Especial nem o Recurso Extraordinário, este último em observância ao art. 637 do Código de Processo Penal. O que de fato deve ser observado é o tratamento dispensado ao acusado ao longo de todo o trâmite processual ordinário, no que diz respeito às suas garantias processuais.

Por consequência, eventuais recursos supracitados não servirão de impeditivo quanto à produção de efeitos do acórdão condenatório de segundo grau, pois em momento anterior a este, conforme tese apresentada pelo Ministro relator, a presunção de inocência é presumida. No entanto, após o citado acórdão, eventuais recursos submetidos aos Tribunais Superiores não estarão aptos à discussão de provas e fatos, mas tão somente matéria de direito.

Sendo assim, tal conclusão obtida pelo Pleno do STF, ainda que possa apresentar aparente mitigação da presunção de inocência, não poderá afastar o sistema acusatório imposto pelo ordenamento jurídico pátrio e os direitos a ele inerentes.

Diante do quadro anterior que havia se consolidado a partir de processos criminais que encontrariam obstáculos a findarem em razão de inúmeros mecanismos protelatórios, entendeu a Suprema Corte que se faria necessário a efetivação da atuação estatal por meio do Poder Judiciário, em observância à atribuição a ele conferida pela Constituição da República de 1988.

Um dos pontos a ensejar a reflexão e o debate foi a possibilidade de a execução provisória ofender o Princípio da Presunção de Inocência, o que fora afastado exatamente pelo que

já fora exposto: a discussão que se desenvolverá em sede de recursos especial e extraordinário, além de não promover efeito suspensivo, dirá respeito tão somente a matéria de direito.

Diante dessa nova interpretação conferida pela Suprema Corte houve a propositura de Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 44, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, cujo objeto consistiu na análise do art. 283 do Código de Processo Penal, com redação conferida pela Lei 12.403/11 que assim dispõe:

> **Art. 283.** Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Argumentou-se que não teria o STF analisado este dispositivo legal quando do julgamento do HC 126.292, não contemplando o mesmo a prisão decorrente de execução provisória em condenação penal por acórdão de 2º Grau dentre as hipóteses de prisão elencadas no dispositivo, o que ensejaria uma situação de ilegalidade.

Em decisão proferida em 05.10.2016 foi indeferido o pedido cautelar, sob o argumento de que o conteúdo inserido em 2011 ao art. 283 do diploma processual penal não teria revogado outras espécies de prisão não previstas em sua redação. Assim, apesar de ser uma norma posterior às demais insertas no mesmo código, o critério temporal não seria o único a ser analisado no que diz respeito à sua aplicabilidade.

Posteriormente, o STF reiterou a nova tese em sede de Recurso Repetitivo recente, em que é mantido o entendimento relacionado à permissibilidade de cumprimento de pena em

caráter provisório decorrente de decisão penal condenatória por órgão de segunda instância, como se observa:

> Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. ARE 964246 RG / SP - SÃO PAULO - REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
>
> Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI - Julgamento: 10/11/2016 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico

Assim, o entendimento exarado apresenta-se aplicável não apenas aos futuros processos, mas também aos que estejam em curso. Nada impediria, no entanto, que seja requerido efeito suspensivo ao Recurso Especial ou Extraordinário, conforme o caso, bem como *habeas corpus* com a mesma finalidade, casos em que tal pretensão será acolhida tão so-

mente em situações excepcionais, em que fique demonstrada alguma ilegalidade.

Acerca das alternativas de defesa, se manifestou o Ministro Gilmar Mendes em relação a situações em que se constate abuso na decisão condenatória, a fim de que os Tribunais possam sustar a execução antecipada da pena. No entanto, observou o magistrado haver diferenças entre as seguintes pessoas: investigado, denunciado, condenado e condenado em segundo grau.

Por conseguinte, se concluiu pela preservação da presunção de inocência, mesmo com base no atual posicionamento do STF, levando-se em conta que a previsão de um duplo grau de jurisdição não trará consigo um terceiro ou quarto grau, pois tal situação poderia ensejar em uma eternização da tutela jurisdicional, o que feriria frontalmente a efetividade de sua função.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, se constata que a presunção de inocência surge em um contexto liberal, onde a finalidade estava em conferir um tratamento menos opressor e degradante à figura do acusado no processo penal.

Tal preocupação expandiu-se pelo mundo através de documentos internacionais nascidos ao longo do Século XX, bem como internamente a partir da inserção em diversos ordenamentos jurídicos internacionais e nacional como um direito a ser tutelado necessariamente sob a ótica de um devido processo penal.

No direito brasileiro a presunção de inocência foi inserida como princípio constitucional em 1988 em um contexto de busca pela democracia em prol do sistema ditatorial vivido anteriormente.

Certamente a realidade político-social do país vivenciou novos contextos, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, adequar o Princípio da Presunção de Inocência à realidade do país.

Dessa maneira, em um primeiro momento, em que se vivia a inauguração de um sistema democrático e livre, entendeu-se como necessário que a prisão fosse conferida tão somente após a decisão penal condenatória transitada em julgado.

Posteriormente, compreendendo a Suprema Corte que tal posicionamento havia permitido um sistema de recursos protelatórios, entendeu que se faria necessário mitigar os efeitos da presunção de não culpabilidade, admitindo-se o início da execução provisória da pena a contar da decisão condenatória penal de segundo grau.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, **Gustavo Henrique Righi Ivahy. A presunção de violência nos crimes sexuais como presunção absoluta: análise de suas conseqüências e sua compatibilidade com a presunção de inocência.** Disponível em: http://badaroadvogados.com.br/a-presuncao-de-violencia-nos-crimes-sexuais-como-presuncao-absoluta-analise-de-suas-consequeencias-e-sua-compatibilidade-com-a-presuncao-de-inocencia.html . Acesso em 06/11/2016.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessando Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44, Pleno, Relator Marco Aurélio Melo, DJU de 10.10.2016. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986729 . Acesso em 12.12.2016.

________. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo no Recurso Extraordinário nº 964.246 – Repercussão Geral, Pleno, Relator Teori Zavascki, DJU de 25.11.2016. Disponível

em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRESUN%C7%C3O+E+INOC%CANCIA+E+CULPABILIDADE%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/hu4jjnn . Acesso em 12.12.2016.

________. **Supremo Tribunal Federal.** Habeas Corpus nº 126.292, Pleno, Relator Teori Zavascki, DJU de 22.02.2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570. Acesso em 12.12.2016.

CIDH. **Convenção Interamericana dos Direitos Humanos.** Disponível em <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em 08/11/2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2013.

MIRZA, Flavio. **Processo Justo**: O Ônus da Prova à Luz dos Princípios da Presunção de Inocência e do In Dubio Pro Reo. Disponível em <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/processo-justo-o-onus-da-prova-a-luz-dos-principios-da-presuncao-de-inocencia-e-do-in-dubio-pro-reo>. Acesso em 06/11/2016.

OHCHR. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 09.11.2017.

SACCONI, Luiz Antônio. **Grande Dicionário Sacconi:** da língua portuguesa: comentado, crítico e enciclopédico. São Paulo: Nova Geração, 2010.

SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/7198/o-principio-da-presuncao-de-inocencia/1 . Acesso em: 3/12/2016.

PUNITIVISMO PRÊT-À-PORTER: O ESVAZIAMENTO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A IMPORTAÇÃO DE INSTITUTOS PROCESSUAIS AUTORITÁRIOS

Antonio Eduardo Ramires Santoro
Natália Lucero Frias Tavares

INTRODUÇÃO

Em meio à eclosão de diversos escândalos de corrupção e crimes que têm ocupado quase a integralidade das manchetes dos mais diversos meios de comunicação nacionais, a sociedade brasileira tem dado maior atenção (ainda que superficialmente) ao funcionamento da estrutura investigativa e processual pátria.

Com o desdobramento destas "novelas processuais", o debate a respeito de direitos e garantias fundamentais e estruturação da máquina penal passaram a ocupar o cotidiano de diferentes indivíduos, não mais se limitando ao Âmbito jurídico-acadêmico. Em decorrência lógica, pressões populares e midiáticas vêm se intensificando a respeito de tais matérias, travando a eterna discussão entre democracia e punitivismo.

O presente estudo busca analisar os impactos sofridos pelos direitos e garantias fundamentais dos acusados, dando especial enfoque à garantia do devido processo legal.

Inicialmente, será feita uma análise do contexto social brasileiro, marcado pela preponderância de discursos punitivistas, seguida de abordagem incidental do surgimento e desenvolvimento do devido processo legal para, finalmente, analisar seus contornos atuais no cenário jurídico pátrio face à importação de institutos autoritários de ordenamentos alienígenas que vem gerando uma grave transmutação do direito processual penal.

Por meio do presente escrito, pretende-se analisar os riscos ocasionados à ordem constitucional em decorrência deste processo de bricolagem que se opera por meio da introdução de estruturas externas, provenientes de uma cultura jurídica distinta, para o sistema jurídico nacional.

1. CRIME, PROCESSO E PUNITIVISMO

Vivemos em tempos de processo penal do espetáculo, nos quais investigações possuem mais fases e audiência que novelas e notícias de crime são unanimidade desde folhetins e telejornais até redes sociais e sites de internet.

Buscando suprir (e fomentar) a demanda diária pelo recrudescimento do sistema penal, a grande mídia, por meio da manipulação da pauta e do discurso, alardeia a ameaça às "pessoas de bem" trazidas pela criminalidade: colocam a impunidade e falta de severidade no tratamento penal como causas dos crimes e criam inimigos públicos.

Seguindo a pauta novelística-midiática, juízes são pintados de heróis (quando se posicionam favoráveis à sanha punitiva); vítimas têm sua vida e privacidade devassadas em prol do interesse público – voyeurístico – nas informações; e acusados, salvo raríssimas (e discricionárias) exceções, são apresentados como indivíduos maus e perversos que mais se assemelham a uma espécie de caricatura lombrosiana.

Toda esta propaganda contribui para um claro processo de desinformação que fortalece e aparelha os setores mais reacio-

nários da sociedade, angariando apoio popular e institucional em prol do agigantamento da – já inflada – máquina penal. Nesta toada, os direitos e garantias fundamentais vão sendo alçados à condição de "obstáculos à justiça e paz social".

Guiados pela pressão popular e midiática, os Poderes Legislativo e Judiciário vêm contribuindo diretamente para o recrudescimento da práxis e das leis, tanto penais quanto processuais.

Ainda ensaiando seus primeiros passos, o ano de 2017, logo a se iniciar, já serviu de palco para plurais episódios de violência e barbárie: em diferentes estados do Brasil eclodiram rebeliões em ambientes prisionais que deixaram mais de uma centena de mortos e inúmeros feridos.

Engana-se quem crê que os episódios de horror se limitaram às rebeliões ocorridas nos estados do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte[2]. Quase que em sua totalidade, o ambiente prisional é insalubre, indigno e desumano: temos presídios superlotados, povoados majoritariamente pelos membros excluídos e estigmatizados da sociedade, em local que não oferece qualquer conforto, capacitação, segurança ou amparo.

Esse é o retrato do cárcere brasileiro, uma ferramenta de neutralização que se destina primordialmente a excluir do convívio social aqueles que se demonstram incapazes de se inserir no mercado de consumo.

Fora dos muros das prisões brasileiras, o que observamos é um modelo de sociedade capitalista que trata como mais fundamentais o direito ao patrimônio e à segurança. Neste sistema em que a vida e dignidade humana figuram em segundo plano, a seletividade marca a edição e aplicação das leis penais.

---

2. Rebeliões ocorridas no mês de janeiro de 2017 no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, Penitenciária Agrícola de Monte Cristo e Penitenciária Estadual de deixaram uma pluralidade de mortos e feridos e viraram manchete em inúmeros jornais nacionais e estrangeiros.

Não obstante o patente fracasso das funções preventivas[3] da pena, diuturnamente se editam leis penais que introduzem novos tipos, elevam penas e reduzem direitos e garantias fundamentais em prol da famigerada "paz social". Por conseguinte, banaliza-se a atuação do Direito Penal (que há tempos vem perdendo seus contornos de *ultima ratio*) e o uso das penas, em especial, a privativa de liberdade.

Alimentados pela propaganda punitiva, diversos setores da sociedade creem residir na "impunidade[4]" a raiz de toda a violência e desequilíbrio social.

Em sua obra, o jurista e autor crítico Rubens Casara faz referência a midiatização do processo e da seara penal que, objetivamente, afetam os contornos do sistema e da justiça penal brasileira:

> "Os julgamentos penais foram transformados em entretenimento para servir à lógica do espetáculo, ela mesma baseada no primado da audiência contra a justiça. Casos penais foram transformados em mercadorias. Na lógica de mocinhos e bandidos, heróis e vilões são eleitos para atender a interesses momentâneos de um enredo em que a lei importa pouco, diante da sustentação da lógica maniqueísta e binária

---

3. O agigantamento constante das cifras da população carcerária somado aos elevados índices de reincidência em práticas delitivas (conforme levantamentos do INFOPEN de 2015) demonstra como a política de encarceramento é inócua em seu intento de reintegrar à sociedade os egressos do sistema penal e, de modo algum, reduz ou impede a prática de ilícitos penais.

4. Neste ponto, faz-se oportuna uma ressalva sobre a indefinição e maleabilidade do conceito de impunidade. Muitos são os autores que abordam o modo como a manipulação de conceitos e criação de um ambiente de medo e insegurança são ferramentas de controle de elevada utilidade. Ainda que os índices de encarceramento no Brasil estejam entre os maiores do mundo – ressalta-se nesse ponto que, ainda que possua a quarta maior população prisional mundial, o Brasil é o único país no ranking dos cinco maiores encarceradores cujos índices encontram em linha de ascensão – é patente a aceitação do discurso de "a sensação de impunidade e aplicação de penas baixas causa um aumento da criminalidade" por parte do público em geral. Neste sentido, recomenda-se a leitura das obras de Zygmunt Bauman a respeito da manipulação do ideário coletivo de medo com o fim de permitir e facilitar a implementação de práticas, políticas e leis mais duras e violadoras de direitos e garantias fundamentais.

> que impede a reflexão crítica. O juiz-diretor controla os atores-espectadores num jogo populista. Ressignificar o processo penal se torna urgente para garantir direitos fundamentais ameaçados neste momento".

Neste sentido, o que se pode depreender a partir de uma análise mais detida do cenário sócio-jurídico brasileiro é uma clara tendência à aceitação de medidas que reduzem ou extirpam direitos e garantias fundamentais dos indivíduos submetidos a uma investigação ou um julgamento penal pautada no discurso do "combate à impunidade".

Em meio ao pensamento majoritário atávico que apenas enxerga uma sociedade configurada em padrões binários, passa-se a dividir o coletivo em "pessoas de bem" e "pessoas ruins" (criminosos). Nesta divisão social antagônica, perde-se vista de algumas das características mais marcantes do sistema penal: a seletividade da norma penal; o uso do direito penal como ferramenta de controle social; e o efetivo papel desempenhado pela pena.

Seguindo a lógica delineada pelo garantismo penal de Luigi Ferrajoli, em que não há pena sem crime e não há crime sem lei anterior que o defina, faz-se mister uma análise do fator político associado à elaboração das normas penais.

Não há direito ou bem jurídico absoluto. A criminalização primária, que consiste na criação de um tipo penal, à luz das características mais fundamentais deste ramo direito – qual seja seu caráter subsidiário de *ultima ratio* –, traduz a adoção de determinado modelo de política criminal por parte do legislador.

A elaboração de tipos penais não é – e nem poderia ser – um processo mecânico e dissociado da realidade sociopolítica do ordenamento em que se insere. Na realidade, a criação de tipos incriminadores no Brasil resulta, na grande maioria das

vezes, de um quadro de pressão social ou midiática. Como bem indicam os estudos realizados por importantes pesquisadores e juristas como Nilo Batista, os veículos jornalísticos são capazes de julgar indivíduos antes mesmo do Poder Judiciário ou setores da polícia possam fazê-lo.

Em meio a este quadro deturpado e reacionário, a punição passa a ocupar posição privilegiada no ideário pátrio, enquanto a observância de direitos e garantias que postergam a condenação é descrita “entraves à justiça”.

2 O MODELO NORTE AMERICANO DE DEVIDO PROCESSO LEGAL

Primeiramente, devemos ressaltar que o modelo da *Common Law* norte americano não possui estrutura e funcionamento idênticos ao britânico uma vez que o contexto sociopolítico em que estão inseridos apresentam diferentes interesses e demandas. Assim sendo, cumpre informar que futuras alusões ao modelo da *Common Law* presentes neste trabalho farão referência ao modelo adotado pelos Estados Unidos.

Um dos traços determinantes da sociedade norte americana é sua crença no fato de que tudo na vida está à venda, ou seja, é plenamente negociável (leia-se aqui, renunciável e alienável). A cultura de apostas e negociações serve de base para estruturação da sociedade por completo, não se limitando aos cassinos e casas de jogos, mas também atingindo de forma clara a estruturação econômica, política e social dos EUA.

Em obra que trata do mito do sonho norte americano e a estruturação de sua população, o autor Aaron Duncan (2015, p. 150) traz como referência as análises apontadas por Naomi Wolff em uma de suas palestras sobre a cultura da sociedade norte americana de vício no risco e nas apostas, que pode ser

facilmente evidenciada ao se observar os seus mercados financeiros, bem como as políticas econômicas e sociais vigentes.

Se tratando da potência símbolo do capitalismo, tomando por base os estudos sobre dominação através do discurso de Lacan (trabalhado pelo autor no Livro 17), a prevalência do discurso do capitalista[5] nos Estados Unidos não gera qualquer surpresa. Em uma sociedade controlada pelo capital, tudo – e todos – se tornam *res*.

Esta mentalidade capitalista que compreende como mercadoria não apenas os bens manufaturados, mas também os direitos e garantias mais fundamentais à pessoa humana. Deste modo, é coerente com o modelo que se insere a realização de acordos que implicam renúncia parcial (ou mesmo total) de direitos dos cidadãos.

Feita esta contextualização, pode-se concluir que o modelo de processo norte-americano possui uma maior relação de verossimilhança com a mentalidade imperante naquela sociedade que tem a liberdade de escolha e negociabilidade de condições como principais preceitos.

É nesse cenário que as práticas abusivas cometidas pela polícia, legislativo e judiciário norte americanos se insere. A realização de acordos de transação, delações premiadas e medidas de legalidade questionável se coadunam com muito

---

5. Uma das maiores contribuições de Lacan para a Psicanálise reside em seu estudo e classificação dos tipos de discurso. Inicialmente, tendo a estruturação matemática por base, apresentou a teoria dos quatro discursos: do mestre; do universitário; da histérica; do analista. Ainda no Seminário 17, fez uma breve referência a um quinto tipo de discurso produzido por meio de uma torção da estrutura algébrica, o discurso do capitalista. Assim como no modelo de discurso do mestre, o outro (dominado) é, para Lacan, o escravo, pessoa controlada pelo discurso do dominante. O que diferencia os dois tipos de discurso é o fato de que o discurso do capitalista não se dá entre duas pessoas, mas entre o indivíduo dominado pelo capital e a mercadoria. Ou seja, o agente (significante dominante) que se impõe como lei e exerce controle sobre o escravo não é um indivíduo ou uma instituição, mas sim um *gadget*, uma mercadoria. Como ocorre nos discursos do mestre e do universitário, observa-se que o discurso do capitalista traz uma tônica autoritária, pois coloca o outro como simples objeto, excluindo-o da atividade/possibilidade de produção do discurso e instituindo a dominância da mercadoria/capital.

mais facilidade com a mentalidade de negociabilidade irrestrita da sociedade em que se insere.

Neste sentido, não causa qualquer estranheza que uma pessoa possa abrir mão de sua liberdade, seus direitos e garantias mesmo quando não há um processo judicial em curso. É isso que se observa, por exemplo, nas transações penais praticadas nos EUA: de um lado há a figura do órgão acusador, que mesmo antes da plena cognição dos fatos faz uma oferta de uma pena referente à suposta prática de ato delituoso; do outro, a figura do acusado, que deve escolher entre cumprir uma pena sem qualquer exercício de seu direito de defesa ou assumir os riscos e custos de se submeter a um processo judicial.

O que se depreende desta realidade é que mesmo a garantia do devido processo legal é plenamente renunciável no modelo de justiça americano, possuindo contornos e conteúdo diverso daquele estabelecido pelo ordenamento brasileiro uma vez que dirigi-se a uma estrutura social com características e necessidades com alicerces próprios, particulares.

3 A BRICOLAGEM PROCESSUAL BRASILEIRA

Impulsionada pela adoção do modelo de política de guerra às drogas e a nada sutil estruturalização do encarceramento da pobreza que decorre da exacerbada proteção conferida ao direito à propriedade[6], a banalização da política de encarceramento é uma constante no âmbito das políticas criminais brasileiras.

A despeito da propagandeada pluralidade multifacetada desta sociedade fruto de um processo de miscigenação, o perfil daqueles que se encontram engaiolados na falida estru-

6. As cifras do cárcere permitem constatar que, conforme levantamento do INFOPEN 2015 (p. 33), que 74% dos internos já condenados encontram-se privados de sua liberdade em decorrência da prática de crimes contra o patrimônio (46%) ou relacionados ao comércio ilegal de entorpecentes (28%).

tura prisional brasileira é daqueles popularmente chamados "clientes habituais do sistema penal", isto é, um perfil quase homogêneo e representativo do histórico abismo sociocultural tupiniquim: prendemos jovens, negros e pobres.

Seguindo na contramão dos defensores da contenção da máquina punitiva, aqueles que apregoam uma expansão do sistema valendo-se de uma extrapolação inadequada dos dados empíricos coletados que demonstram os preconceitos sociais que marcam a política de encarceramento, deturpam as críticas tecidas em relação à seletividade do sistema: defendem que a ampliação do encarceramento daqueles que não se enquadram no rótulo de criminoso seria suficiente para afastar a seletividade. Infelizmente, sucumbindo à pressões de diversas naturezas, membros do Poder Judiciário, amparados pela sociedade e grande mídia, vêm arguindo a dificuldade para obtenção de condenação de pessoas de elevado poder aquisitivo em decorrência da contratação de bons advogados e excessivo número de "garantias e direitos fundamentais" previstos no ordenamento pátrio.

O clamor por punição como suposta "arma para o combate à violência e criminalidade" e o desejo por resultados prontos e céleres têm trazido grandes problemas para o modelo democrático (já limitado e carente) de processo penal. seguindo um viés pragmático-utilitarista, a pauta panfletária rechaça toda e qualquer limitação aos "resultados rápidos", entrando em direta rota de colisão com a estruturação e proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Um exemplo claro dessa problemática que ocupou o centro dos debates em tempos recentes refere-se ao inciso LIV do art. 5º da CRFB/88 que consagra expressamente a adoção da garantia de devido processo legal pelo legislador pátrio quando prevê que "*ninguém será privado de liberdade ou de seus*

bens sem o devido processo legal". Em meio a este cenário político-jurídico, a aplicação desta norma – bem como dos demais direitos e garantias legalmente consagrados – vem se operando de maneira seletiva, limitada e, por vezes, escusa.

Resguardando-se sob a proteção das campanhas de combate aos "crimes de colarinho branco" que tem ocupado posição de destaque nas manchetes[7], uma pluralidade de atos e julgamentos questionáveis vem se apresentando diuturnamente. De investigações movidas por motivos políticos, perpassando por julgamentos que se distanciam da interpretação própria das normas vigentes para atender a supostos "anseios populares"[8], as zonas cinzentas – cuja existência não deveria em hipótese alguma ser tolerada em meio à seara penal face à essencialidade dos direitos individuais ali colocados em *check* mas permanece nos limites da aceitação pragmática social – vêm se expandindo em extensão e complexidade.

Tal cenário prova-se demasiadamente profícuo para que discursos punitivos se travistam de luta pela redução das desigualdades em sede de aplicação da lei penal, tornando-se palatáveis até mesmo para setores menos reacionários da sociedade. Neste contexto, ativismos judiciais que minoram as

---

7. Nos últimos anos escândalos de corrupção como o "Mensalão" e o "Petrolão" provocaram fortes reações populares e passaram a fazer parte da pauta de notícias diárias. Indignada pelas práticas ilícitas cometidas por grandes empresários e políticos, uma elevada parcela da população vem se mostrando favorável à redução da proteção aos direitos e garantias dos acusados no intuito de obter uma condenação mais célere e elevada. Um exemplo deste emprego de práticas abusivas é o uso da prisão como ferramenta de pressão para obtenção de "colaborações premiadas", prática cada vez mais recorrente.

8. Por esta ocasião, cumpre trazer à baila o conteúdo dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal em matéria penal e processual penal (desde já se esclarece que a menção aos votos destes ministros não se deve ao fato de serem estes os únicos julgadores que fundamentam posicionamentos contrários às normas postas com base na não comprovada "vontade popular", devendo-se a referência apenas m função de deterem estes um papel de extrema relevância no cenário jurídico – e, por conseguinte, político – do país). A despeito da clareza do texto constitucional caracterizado pelo viés garantista adotado pelo constituinte originário após a retomada democrática, alguns dos Ministros têm se amparado no (suposto) anseio social por determinada decisão. Estressa-se aqui os riscos causados ao Estado Democrático de direito em decorrência das relativizações sem base empírica ou jurídica.

proteções constitucionalmente conferidas aos acusados são bem recebidos pela sociedade e grande mídia quando em sede de julgamento de crimes de "colarinho branco".

A decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44[9] que reconheceu, por 6 votos a 5, o cabimento de prisão após decisão condenatória proferida em segunda instância é um exemplo claro deste fenômeno é um bom exemplo ilustrativo deste quadro. A interpretação adotada pelos seis membros do Supremo viola cláusula pétrea expressamente prevista pelo constituinte originário quando consagrou o princípio da presunção de inocência.

Por tais razões, conclui-se que a adoção deste posicionamento configura claro marco do ativismo judicial pátrio decorrente da pressão exercida pela grande mídia e pelos discursos do senso comum punitivo que interpretam os direitos e garantias fundamentais como óbice à obtenção de sua deturpada concepção de justiça.

Enquanto uma parcela de juristas se posiciona favoravelmente à alteração de interpretação realizada pelo Supremo em relação à presunção de inocência afirmando que tal posicionamento é adotado por uma enorme gama de países reputados democráticos – como Inglaterra, Estados Unidos, dentre outros – é necessário ressaltar que espelhar a atuação do Judiciário naquela adota por outros países, sejam estes mais ou menos democráticos que o Brasil, não possui o condão de tornar sem valor o texto constitucional.

Ora, considerando a lógica do contrato social e a prevalência da Constituição Federal como lei maior do país, é descabida a prevalência de tese que defenda a violação a normas

9. Ações Declaratórias de Constitucionalidade referente ao artigo 283 do Código de Processo Penal propostas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 2016 em decorrência de julgamento de HC que permitiu prisão de acusado após sentença condenatória em segunda instância.

constitucionais expressas sob escusas utilitaristas e importação de práticas e institutos inseridos em um ordenamento e cultura social diversa.

Seguindo esta mesma lógica, a importação de institutos processuais estrangeiros agrava ainda mais o cenário crítico nacional: novas estruturas são importadas sem que se observe se as mesmas são compatíveis com o ordenamento e o contexto social do país, criando conflitos de normas, lacunas e insegurança jurídica.

Esta prática cada vez mais corriqueira de "bricolagem" judicial constitui um sério risco para o sistema penal de forma geral, uma vez que não é antecedida por uma devida análise de compatibilidade e adequação e, por conseguinte, fere direitos e garantias[10] que foram expressamente consagradas pelo ordenamento vigente.

Em algumas de suas palestras e aula recentes, o professor Luís Flávio Gomes tem feito plurais referências a uma terceira classificação do conteúdo de devido pro cesso legal: além das já conhecidas classificações que dividem o conteúdo do devido processo legal em formal e substancial, tem se ainda o devido processo negocial.

Esta "nova modalidade" classificatória do devido processo penal faz alusão exatamente ao que aqui se chama de esvaziamento ou limitação da proteção constitucionalmente consagrada. Gomes aponta que o devido processo legal consensual ou negocial seria aquele em que as partes podem acordar sobre a forma como se desenvolve o processo.

Primeiramente, importa apontar que as partes no processo penal se envolvem em uma dinâmica distinta daquela característica da seara cível. Não há que se falar em possibilida-

10. Importante salientar que estas práticas vêm se operando num contexto de recrudescimento penal que busca como fim maior a facilitação de obtenção de sentenças condenatórias, afastando-se cada vez mais do intuito democrático do constituinte originário.

de de negociação em grau de igualdade no âmbito penal uma vez que ao acusado se contrapõe a figura do Estado, com todo o seu aparato e estrutural vertical de poder.

Evidenciada a disparidade de forças e prerrogativas entre os polos envolvidos no processo penal, marcada por uma clara horizontalidade de poder e controle, parece pouco – ou nada – crível a ideia de que tais indivíduos poderiam , num mesmo patamar de controle e igualdade, chegar a um acordo mutuamente adequado e benéfico.

Não obstante a falaciosa possibilidade de negociação, importa apontar que a estrutura jurídica pátria é muito clara ao fixar limites e regras procedimentais e materiais para o funcionamento do agir processual. A despeito das posições defendidas pelos adeptos da corrente unitária da teoria geral do processo, parece cristalino o entendimento de que os direitos afetados por sentenças penais possuem, dentro de uma hierarquia pautada pela noção de necessidade e dignidade humana, mais relevância para o homem do que aqueles abordados no âmbito cível.

Deste modo, dada a essencialidade da proteção de bens de tamanha valia, no caso, a liberdade e dignidade da pessoa humana, fica claro que a limitação para acordos, transações concessões que versem sobre tais direitos individuais não deve se pautar com a mesma liberalidade que, por exemplo, um acordo que verse sobre patrimônio.

Ante sua escassez de recursos, serão as camadas mais carentes – os clientes habituais do sistema, pessoas incapazes de arcar com o custeio de honorários advocatícios, sem conhecimento dos diplomas legais e que dependem de assistência das Defensorias Públicas (que, a despeito de seu belíssimo trabalho, não contam nem com recursos ou profissionais suficientes para atender à enormidade de assistidos que as buscam a cada dia) – da sociedade as principais vítimas

desde abusivo sistema penal que se demonstra cada vez mais autônomo e impiedoso.

Assim, a simples possibilidade de flexibilização das proteções aos direitos e garantias fundamentais já representa, por si só, um risco de ruptura integral da sociedade democrática dentro dos parâmetros de dignidade envisionados pelo legislador pátrio.

Diante dos índices de reincidência dos condenados, da não redução das estatísticas de ocorrência de delitos e da estigmatização que acompanha aqueles que em dado momento da sua vida passaram pelo sistema prisional, o esvaziamento das crenças na tese da prevenção especial positiva do direito penal e das culturas RE é patente.

Em meio ao desequilíbrio de forças decorrentes da própria configuração da justiça penal e o esvaziamento das proteções dadas ao acusado em virtude da atuação dos Poderes estatais, o conteúdo do devido processo legal vez sendo esvaziado diuturnamente, tornando-se um simulacro daquilo que antes era.

Importa salientar que este "novo tipo" de devido processo legal a que Luis Flávio Gomes denomina de "devido processo legal consensual" é incompatível com o modelo garantista e democrático que a legislação brasileira criou e que hoje se tornou alvo de inúmeros ataques.

CONCLUSÃO

O modelo de política criminal adotado no Brasil privilegia a privação de liberdade e contribui diretamente para que o país ocupe uma das primeiras posições no ranking de países encarceradores. Assim, as apregoadas funções da pena, dentro de uma lógica da reserva do possível, não possuem qualquer afinidade tal estrutura.

A despeito do crescimento constante do número de encarcerados, os índices de criminalidade brasileiros seguem

numa crescente. Os elevados índices de reincidência colocam em *check* o discurso das funções preventivas da pena, denunciando a inadequação do cárcere como uma ferramenta de "ressocialização". Contudo, contrariando dados empíricos, prevalece o tom conservador e punitivo do discurso político-judicial que coloca a privação de liberdade como fim maior do processo penal e ignora alternativas ao encarceramento.

Por via de consequência, as garantias e direitos do acusado são interpretados de forma negativa não apenas pela acusação, mas também pela sociedade e Estado de modo geral. Neste contexto, constrói-se o falacioso discurso de que os direitos e garantias fundamentais dos acusados foram estabelecidos pelo legislador pátrio de forma desproporcional e representam um real entrave à atuação do Judiciário e ao "combate à impunidade".

Seguindo a lógica do utilitarismo e pragmatismo punitivo, que encontram eco no clamor popular pela punição severa de delitos, os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo vêm, por meio de sua atuação, reduzindo a tutela de direitos e garantias fundamentais dos acusados, chegando por vezes a afastar sua aplicação.

Atendendo às demandas reacionárias da grande mídia e da massa popular favorável ao recrudescimento do sistema penal, o Legislativo vem importando institutos processuais autoritários que são utilizadas por outros países, ampliando os poderes de investigação e acusação do aparato estatal. Pode-se citar como exemplo destas inovações legislativas importadas e violadoras de direitos e garantias a criação do banco nacional de perfis genéticos para fins criminais; transação penal; delação premiada; dentre outros.

Esta bricolagem legislativa cria inúmeros problemas de compatibilização entre as novas normas inspiradas em ordenamentos alienígenas e a legislação pátria uma vez que, em

sua larga maioria, os dispositivos importados apresentam um viés mais inquisitivo enquanto o ordenamento brasileiro pretende ser democrático – em especial, a CRFB/88.

Ao alterar a interpretação para reduzir ou afastar a aplicação de normas que conferem os direitos e garantias fundamentais do acusado, o Judiciário chega por vezes a legislar em matéria que não possui competência.

Ressalta-se que o conteúdo do devido processo legal deve ser interpretado de forma ampla, não se limitando à simples observância das normas processuais, mas sim a garantia de um processo que permite ao acusado exercitar seu direito de defesa, paridade de armas, efetivo contraditório, bem como a garantia de que a decisão proferida ao final do processo será baseada estritamente na lei e na atuação das partes processuais, condicionada à presunção de inocência.

A verticalidade da relação entre as partes que se opõe na seara penal impede que qualquer tipo de acordo atenda, de fato, aos limites legalmente estabelecidos para proteção dos indivíduos face à punitividade e os desmandos estatais. Desta feita, qualquer tipo de flexibilização representa perda e renúncia da proteção adequada dos direitos.

Sistemas processuais são construídos não em abstrato, mas sim base nas características intrínsecas à sociedade a que se dirigem. Logo, qualquer importação de instituto alienígena coloca em risco a coerência de toda a estrutura e máquina processual importador.

Por fim, ressalta-se a importância da prevalência dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos uma vez que os mesmos fazem frente aos abusos estatais e à sanha punitiva, sendo impossível reconhecer como democrático um sistema que os limita ou extingue.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal.* 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

CASARA, Rubens R. *A espetacularização do processo penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 122.

DUNCAN, Aaron M. *Gambling with the Myth of the American Dream*. Londres: Routledge, 2015.

FENOLL, Jordi Nieva. *La Duda em El processo penal.* Barcelona: Marcial Pons, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 4ª ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JESUS, Francisco Marcolino de. *Os meios de obtenção de prova em processo penal.* 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

LACAN, Jacques. *O seminário Livro 17 – o Avesso da Psicanálise*. 1ª ed. Tradutor Ari Roitma. Rio de Janeiro: Zahar, 1992.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal:* Parte Geral. 6ª Ed atualizada e ampliada. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro* - I. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

A TEORIA COMUNICATIVA DA AÇÃO DE FLETCHER

Antonio Eduardo Ramires Santoro
Natália Lucero Frias Tavares

À GUISA DE INTRODUÇÃO OU UMA INTRODUÇÃO EM TRÊS PARTES

1 LIVRE ARBÍTRIO E DETERMINISMO – DIREITO PENAL DO AUTOR E DIREITO PENAL DO ATO

Para o desenvolvimento de uma teoria adequada é fundamental saber se o ser humano que viola uma proibição imposta pelo Estado o faz por manifestação livre de vontade ou por vinculação a um estado biológico, psicológico ou social que pré-determina esta violação.

Desde os primórdios da teoria penalística essa discussão ocupava a mente dos juristas e filósofos e, obviamente, era pressuposto da criação das teorias do Direito Penal, originando o embate das Escolas Penais.

Para a Escola Clássica, iniciada no século XVIII com Cesare Beccaria (2002), a teoria da imputação se baseia no princípio do livre-arbítrio. Para Francesco Carrara, seu maior expoente, são "...princípios (...) imutáveis, não se alterando

com o decorrer dos tempos ou o variar dos povos e costumes"(2002, p. 49), logo, a liberdade de eleição, de escolha é o paradigma desta Escola.

Já a Escola Positiva teve em Enrico Ferri seu maior defensor e também maior opositor à Escola Clássica, a qual, aliás, atribuiu "o contínuo aumento da criminalidade e da recidiva, em evidente e quotidiano contraste com a necessidade da defesa social contra a delinquência"(2003, p. 49).

Em crítica à Escola Clássica que entendia fazer prevalecer os direitos humanos sobre o Estado, Ferri afirmou a necessidade de "restabelecer o equilíbrio entre os direitos do indivíduo e os do Estado" (2003, p. 52), chegando a afirmar que "se a Idade Média tinha visto somente o delinquente e a Escola Clássica tão somente o homem, a realidade impunha ter em conta o homem delinquente" (2003, p. 52/53).

Admitindo que uma pessoa pode ter livre-arbítrio, ou seja, ser normal, e ainda assim delinquir, concluiu Ferri que neste caso, pelo menos no momento da ação, estava em condições anormais, portanto, é um anormal temporariamente. Esta parece ser a única hipótese, para Ferri, de normalidade admitida para um homem que cometeu um crime, mas mesmo assim nega tê-lo cometido no exercício do seu livre-arbítrio, considerando ter havido privação temporária deste.

Assim, a Escola Positiva ora identificava a causa da delinquência em fatores biológicos, originando a *antropologia criminal*, cujo nome maior foi Cesare Lombroso, ora em fatores sociais, gênese da *sociologia criminal*, cujos expoentes foram o próprio Ferri e Garófalo.

Lombroso estudava o "Homem delinquente" (2007) na sua vida e nos seus traços anatômicos, classificando-os conforme sua natural estrutura orgânica e psicológica.

Para a “Escola Clássica”, o método utilizado era o dedutivo ou de lógica abstrata e tinha por objeto o “crime” como entidade jurídica, enquanto para a “Escola Positiva” o método utilizado era o indutivo e de observação dos fatos, tendo como objeto o “delinquente” como pessoa.

Isso não significa dizer que o crime não seja objeto do estudo da Escola Positiva, construída sob o paradigma da doutrina determinista, mas que o mesmo não é o elemento central da proibição, sendo meio para o alcance do elemento central, qual seja o ser humano delinquente.

Ao contrário, as doutrinas penais que se baseiam no livre-arbítrio têm como elemento central o comportamento humano, porquanto partem de um pressuposto básico de igualdade essencial entre os cidadãos, não sendo diversidades congênitas ou sociais o que leva à prática do crime, razão pela qual o estudo deste não se faz como uma etapa para o desvelamento de uma causalidade pré-existente no ser humano que, por ostentá-la, é merecedor de um instrumento de contracausalidade, que é a pena.

Aplicado ao Direito Penal, o determinismo fez nascer e florescer doutrinas que pretendem identificar o estado de *periculosidade* do ser humano e utilizam o crime como caminho para esta tarefa, funcionando como um signo de revelação da necessidade de intervenção do Estado na vida de um cidadão anormal. As propostas ideológicas que seguem este paradigma dão origem ao chamado *Direito Penal de Autor*, pois é no homem delinquente que reside o elemento central de proibição.

A ideologia penal fulcrada no livre arbítrio não procura identificar pessoas desviadas, inferiores, ou mesmo as causalidades de suas ações, o elemento central desta doutrina é o comportamento humano, pois é sobre ele que recai a análise de reprovação social do que se entende como crime. Por isso

se diz que no *Direito Penal do Ato* vigora a máxima *nullum crimen sine conducta*.

2 A IMPORTÂNCIA DA DOGMÁTICA PARA O DIREITO PENAL E O PAPEL DESEMPENHADO PELO CONCEITO DE CONDUTA

Naturalmente a inserção de proibições no ordenamento é tarefa legislativa, portanto essencialmente política, no entanto, o momento de aplicação das leis penais também é uma tarefa política. Zaffaroni e Nilo Batista, com muita felicidade, esclarecem que "o direito não é objeto de interpretação senão fruto dela, ou seja, de uma variável que não depende apenas da legislação mas, sobretudo, da atividade doutrinária e jurisprudencial, que nunca é asséptica ou inocente a respeito do poder" (2003, p. 151).

E não é demais lembrar que a previsão de condutas consideradas criminosas não é suficiente para determinar se na prática houve ou não crime, não apenas porque a determinação da adequação do fato à norma não é o único elemento de desvaloração de uma conduta para ser considerada crime, dependendo de outros estratos que são determinados por lei, mas porque é necessária uma leitura da lei penal que não é possível ao mais prudente intérprete sem o conhecimento das especificidades da teoria penal.

Isso porque há uma linguagem que, se desconhecida, não permite a compreensão da lei em todas as suas significações. Esta linguagem é a dogmática. Aliás, a dogmática é a metalinguagem do Direito Penal, com ela se decompõem os textos legais em elementos simples de conteúdo (dogmas) e se desenvolve a construção de uma teoria interpretativa lógica e legalmente completa, que diminua ao máximo a arbitrariedade na aplicação da lei (2003, p. 152/153).

Fato é que a dogmática decompõe o crime em elementos que recaem sobre elemento central da proibição que é a conduta humana. É sobre a conduta humana que devem recair as desvalorações a ponto de poder-se considerá-la criminosa.

3 CONCEITOS DE CONDUTA HUMANA NA HISTÓRIA DO DESENVOLVIMENTO TEÓRICO DO DIREITO PENAL

A dogmática jurídica desde o século XIX passou a ser o instrumento de linguagem dos juristas penais na interpretação das leis criadas pelos legisladores dos Estados. As teorias que se desenvolveram na dogmática jurídica baseavam-se, como de fato até hoje o fazem, em fundamentos filosóficos do conhecimento.

Assim, as teorias foram se desenvolvendo conforme os movimentos de pensamento e, igualmente, a situação política da época. Apenas para ilustrar com as teorias mais aceitas em seus momentos históricos, a teoria de Francesco Carrara tinha origem no direito natural, ao passo que Franz von Liszt baseava seu pensamento no naturalismo positivista.

Por sua vez, retratando uma necessidade de limitação da própria disposição legal com elementos pré-existentes à lei, porquanto retirado do conceito próprio do ser em sua essência, Hans Welzel desenvolveu a teoria finalista do delito forte na existência de um conceito ôntico de conduta, na esteira da ontologia de Nicolai Hartmann.

Günther Jakobs com arrimo no pensamento sociológico de Niklas Luhmann, desenvolveu sua teoria funcionalista sistêmica, ao passo que Claus Roxin, sofreu a influência de Talcott Parsons, malgrado a negue, na delineação de sua teoria funcionalista.

Em todas estas teorias e outras mais que veremos a seguir, o comportamento humano desempenhou papel fundamental, pois sobre a ação do cidadão é que se faz incidir o juízo de desvaloração a ponto de considerá-lo injusto.

Desta forma, o conceito de conduta humana sempre mereceu investigação especial não apenas para conhecer o elemento central da proibição estatal, mas também para que seja construída de tal forma que seja capaz de receber os juízos de reprovação dos quais se falou anteriormente.

Na história do Direito Penal, em especial da dogmática jurídica penal, diversas teorias se desenvolveram sobre a conduta humana, algumas tomando o conceito do mundo dos seres, como algo da vida, portanto pré-existente ao direito, ao passo que outras o retiraram da própria norma, configurando conceitos normativos. Outras tantas que não aceitam a existência de um único conceito de conduta capaz de reunir em si os casos de atitudes ativas e omissivas, ou mesmo atitudes dolosas e culposas, seja porque as entendem essencialmente diferentes entre si, seja porque um único conceito não serviria à dogmática penal, já que não seria capaz de suportar desvalorações diversas em estratos sucessivos.

Foram criados conceitos absolutamente restritos, que exatamente por isso não alcançaram seu intento, ao passo que outros conceitos foram elaborados de forma tão ampla (para suportar em si todas as situações e desvalorações), que perderam a sua capacidade de definição de essência.

No Brasil o conceito finalista de Welzel teve ampla acolhida e até hoje encontra ressonância entre os principais teóricos. Todavia, que outros conceitos foram desenvolvidos e aceitos pela dogmática penal estrangeira e brasileira, ainda que não acolhidos pela maioria dos penalistas do nosso país?

Nossa hipótese para resposta ao problema posto é que existem outras concepções de conduta humana, que não fundam em um conceito ontológico, tampouco funcionalista, mas arrimado na filosofia da linguagem que pretendem compreender mais do que conceituar a ação, com base na interação humana com o mundo circundante.

Foi realizada uma pesquisa teórica, com fontes bibliográficas, com objetivo exploratório, visando proporcionar maior familiaridade com o tema, abordados de forma qualitativa descritiva.

4. TEORIA COMUNICATIVA DA AÇÃO DE FLETCHER

George Patrick Fletcher é um filósofo e jurista norte-americano e professor da Universidade de Columbia, de país cujo sistema jurídico e ordenamento são baseados na *Common Law* e, portanto, o direito penal é pouco dado a profundas especulações teóricas e construções sistemáticas, fundando-se, como afirma o autor, na Escola da Filosofia Analítica (2008, p. 14).

Dada sua formação acadêmica também alemã, teoriza sobre conceitos de direito penal tal como o fazem os países do Direito de origem romano-germânica. Importa dizer que Fletcher estudou um ano em Freiburg com diversos juristas alemães como Hans-Heinrich Jescheck e Max Rheinstein. Na sua volta aos Estados Unidos conheceu e se tornou amigo de H. L. A. Hart, com quem discutiu diversas ideias e foi impulsionado a escrever seu primeiro livro, também sob a recomendação de Roberto Mangabeira Unger. Escreveu *Rethinking Criminal Law* em 1978.

A vida acadêmica internacional de Fletcher propiciou uma melhor compreensão, em perspectiva comparada, do direito penal dos diversos sistemas de Direito do mundo. Por isso, no livro *Basic Concepts of Criminal Law* (1997) Fletcher aborda um conjunto de doze pares de conceitos de direito penal que julga comuns a qualquer país.

No capítulo três de *Basic Concepts of Criminal Law* trata da discussão comum em direito penal e processual penal sobre a natureza do acusado: objeto sobre o qual o direito penal atua ou um sujeito que atua. Afirma que qualquer sistema que tra-

te o acusado com dignidade deve concebê-lo como sujeito e conclui que nestes países o delito é entendido como uma ação humana, por isso passa a abordar o conceito de ação.

Posteriormente, em seu livro *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, and International* (2007), em que abordou novos temas e revisitou outros anteriormente apresentados em suas obras, Fletcher apontou que na Alemanha este conceito também foi defendido por Gustav Radbruch no início do século XX (2008, p. 358-359).

Para Fletcher as teorias clássicas são mecanicistas e abstratas, porquanto concebem a ação como uma relação de causa (vontade) e efeito (ação). Na sua metáfora para este conceito "a vontade é o motor que põe o corpo em ação" (1997, p. 90). Fletcher entende que o sucesso deste conceito se deve à sua fórmula simples, uma vez que a percepção da ação se abstrai de todas as circunstâncias circundantes à ação.

O jurista ainda expõe que outras teorias, baseadas na clássica concepção exposta, são apresentadas alternativamente, mantendo o ponto de vista mecanicista ("movimento corporal voluntário"), mas aduzindo à causalidade o mundo circundante e a história psicológica do sujeito, sendo a ação desta forma concebida como um fenômeno natural, englobando todos os fatores envolvidos como tendo levado o autor a praticar determinada ação. Trata-se das concepções de matiz positivista e determinista.

Fletcher deixa claro que seu conceito não parte "da ideia de uma explicação científica que conceba a ação como um produto de fatores causais" (1997, p. 90), muito embora as pessoas tenham corpos que podem estar sujeitos a forças naturais, como a gravidade, por exemplo. Como seres humanos, possuímos algo que nos permite mover-nos de forma autônoma: a *vontade*. Escolhemos mover-nos da forma que nos

movemos e é esta capacidade de escolha que, para Fletcher, é a base da ideia de responsabilidade. Caso um movimento seja causado por fatores externos, para Fletcher, não haverá responsabilidade humana.

A refutação que Fletcher faz do determinismo, com base da teoria de linguagem de Noam Chomsky (1997, p. 90), é que este pressupõe que tudo é causado por fatores externos ou mesmo psicológicos pré-existentes, portanto teria de haver um número finito de fatores causais que pudessem gerar predições, vaticínios, de todas as nossas ações. Nesta linha, todos os atos de fala, comunicação, uso de linguagem, também seriam finitos e contábeis, além de para cada um deles, a consequência deveria ser previamente conhecida e sempre a mesma. No entanto isto não é verdade. Segundo Fletcher, amparado mais uma vez na teoria de linguagem de Chomsky (1997, p. 90), o número de frases que podemos formar na nossa linguagem é infinito e a prova disto é que a variação sintática e de vocabulário é contínua. Os seres humanos estão sempre inventando novas palavras e jogos de palavras, sendo certo que quem os ouve, mesmo não os conhecendo de antemão, frequentemente entende exatamente seu significado em razão do contexto em que se inserem os atos de comunicação no âmbito da interação humana. A noção de fala e de significado comunicativo da fala oferece, na visão de Fletcher, uma linha adequada da teoria da ação.

Como somente os seres humanos têm esta capacidade de desenvolver ilimitadamente os atos de comunicação e interagir com os demais seres humanos, Fletcher acentua que a noção de comunicação pela linguagem, como própria dos seres humanos é humanística e permite desenvolver um conceito de ação. Para este desenvolvimento se utiliza da filosofia de Dilthey e partindo da distinção realizada pelo filósofo alemão

do século XIX entre *verstehen* (compreender) e *erklären* (explicar), Fletcher afirma que a chave do conceito humanista é o abandono da *explicação* da ação humana como produto das forças causais e a adoção de uma atitude de "*compreensão* de como os seres humanos atuam quando efetivamente o fazem", desta forma "a conduta humana – como algo oposto aos fenômenos naturais – só pode ser compreendida e não explicada em termos científicos" (1997, p. 90).

Assim, partindo de um conceito compreensivo, a ação não deve ser explicada, mas apenas compreendida em seu aspecto comunicativo, porquanto as práticas comunicativas de cada cultura definidas pela linguagem, enquanto fenômeno característico humano, permitem aos observadores, dadas as convenções culturais particulares de cada comunidade, compreender se um "movimento corporal" ou um "não movimento corporal" constitui ou não uma ação (2008, p. 373-374).

O exemplo dado por Fletcher é elucidador. Ele imagina um guarda do Palácio de Buckingham que não se move. Quem não conhece as circunstâncias que se relacionam com o fato de o guarda estar imóvel pode pensar que ele esteja paralítico, mas sabedor do compromisso do guarda real de não se mover em serviço, o fato de estar firme na sua posição significa que o mesmo está atento e cumprindo suas obrigações. Mesmo sendo ele um guarda do Palácio de Buckingham, se ele estiver imóvel, sem uniforme, no meio de um bosque, certamente estas novas circunstâncias aliadas à imobilidade farão com que as pessoas que passem por ele acreditem que se trata de um paralítico, um hipnotizado ou um robô.

Neste ponto existe uma aproximação entre o conceito proposto por Fletcher e o idealizado por Vives Antón (2008, p. 374), dado que as circunstâncias vão influenciar diretamente na interpretação do ato, determinando seu significado de acordo com

o mundo circundante. Porém, deve se observar que para Vives todo ato se explica ante a uma regra que define o compromisso assumido pelo agente, ao passo que para Fletcher a interpretação do ato se refere ao mundo circundante, não especificamente a uma regra de conduta, portanto a visão do jurista norteamericano é contextualizada e não puramente normativa, e esse contexto é o da interação humana (2008, p. 374).

Mas, apesar de Fletcher e Vives adotarem uma compreensão interpretativa da ação, não é apenas quanto à referência à regra ou ao mundo circundante que a divergência entre eles se apresenta.

Para Vives a ação humana deve ser vista como o "sentido de um substrato" e não como o substrato em si. Não é o que ocorre com Fletcher que considera a existência de um substrato de ação, que, de toda sorte, deve ser interpretada por quem a *compreende*[11]. Há em Fletcher uma inversão metodológica, porquanto a análise da ação não começa pela intenção de quem age, mas pela forma que os observadores a compreendem dentro do contexto da comunicação que se faz pela interação humana, segundo os padrões e convenções culturais da comunidade (2008, p. 374).

Em verdade, Fletcher manifesta sua atração pelo conceito de ação finalista de Welzel, que entende ser uma "alternativa humanista" à teoria causal da ação, porque nesta a vontade é a causa da ação, ao passo que para Welzel o propósito (ou a finalidade) é parte do conceito de ação e, portanto, reconhece o fenômeno distintivo do ser humano[12] de que há razões para atuar, ao contrário da concepção causalista que trata o homem como uma máquina que dá respostas à vontade com

11. Deve se lembrar que para Fletcher o interprete deve compreender a ação e não explicá-la.

12. Para Fletcher o que distingue a ação humana é a capacidade interna para eleger o que fazer, ao passo que os animais se regem pelo instinto (2008, p. 358).

atuações (2008, p. 383). Fletcher entende que o mais proveitoso da teoria de Welzel é concebê-la mais como uma teoria da relação entre ação e propósito do que como uma teoria da ação. Essa "teoria da relação entre ação e propósito" a que alude Fletcher se deve ao fato de que o propósito é concebido por Welzel como parte indissociável da ação mesma (duas dimensões de um mesmo fenômeno) e não como causa dela, por isso é fundamental para a definição da responsabilidade criminal a análise conjunta de *propósito* e *ato*, e nunca separadamente.

Uma desavisada e isolada leitura de *Basic Concepts of Criminal Law* (1997) pode levar a entender que Fletcher adota o conceito finalista, mesmo porque afirma que a teoria de Welzel coincide com a moderna filosofia de Wittgenstein, uma vez que este critica os prejuízos da psicologia filosófica e, portanto, concebe o propósito não como uma experiência interna ao ser humano, um estado da mente, um evento da consciência, pois que ação intencional é uma forma de ação, atuar e querer é algo implícito à nossa forma de vida. Para Wittgenstein aprender a linguagem do "propósito" é aprender quando as circunstâncias nos permitem dizer que alguém golpeou outra pessoa intencionalmente ou acidentalmente. Portanto, para Fletcher a aproximação da teoria de Welzel com a filosofia de Wittgenstein está no fato de que o jurista alemão "supera a falsa dicotomia entre ação e propósito" (1997, p. 93) penetrada na teoria penal clássica, que vê a vontade como motor da ação, ou seja, do movimento corporal, ao passo que Welzel entende ser a vontade parte da própria ação[13].

Porém, o fato é que Fletcher tece duas críticas a Welzel e ambas se referem ao fato de que o conceito finalista ou

---

13. Vives Antón (1996, p. 222) critica a aproximação intelectual feita por Fletcher entre Welzel e Wittgenstein, pois, para ele, a *indivisibilidade* entre ação e intenção é diferente em Welzel e em Wittgenstein. Para Welzel a intenção é a finalidade, que por sua vez é elemento definitório de ação, não havendo ação sem finalidade, ao passo que para Wittgenstein embora a relação entre ação e intenção seja interna, a intenção não é traço ou elemento essencial da ação.

teleológico, a despeito de sua pretensão universal e transcultural, portanto supostamente livre de mudanças políticas e morais, acaba por ter que se valer de elementos normativos para construir a dogmática[14]. Em primeiro lugar Fletcher afirma que a intenção implícita na ação de matiz finalista não é necessariamente a mesma requerida para um delito. Por exemplo, no homicídio, se alguém dispara para o alto e acerta uma pessoa, o autor do disparo teve uma intenção, que não é a mesma que requer o delito de homicídio. Para Fletcher, Welzel mescla estes dois conceitos de intenção (natural e normativo) e, para dar solução ao problema decorrente da incompatibilidade entre eles, radicaliza o entendimento de que o desvalor do delito culposo está apenas na ação, nunca no resultado danoso, e acaba tendo que se valer da teoria das normas legais (1978, p. 478), porquanto não existiriam ações naturalmente imprudentes, mas apenas imprudentes enquanto normativamente desvaloradas.

Fletcher afirma também que outro erro de Welzel e seus seguidores "é identificar demasiadamente fácil os estados mentais subjetivos, particularmente a intenção, com o aspecto moral da responsabilidade penal", introduzindo "pré-juízos subjetivistas na teoria da ação" (2008, p. 384) em um momento pré-jurídico, ou seja, desvalorando a ação humana antes da Lei.

Estas críticas de Fletcher ao conceito de Welzel demonstram que não apenas os conceitos de ação de ambos são diferentes, mas também retrata o entendimento do jurista norteamericano

14. Esse fato levou Vives (1996, p. 222) a criticar, mais uma vez, o entendimento de Fletcher, esposado em Basic Concepts of *Criminal Law* (1997, p. 93), sobre a correção filosófica da teoria de Welzel, porquanto afirmou o jurista espanhol que Fletcher reconheceu em *Rethinking* (1978, p. 438) que a teoria finalista é pouco útil na prática, ao reconhecer o fracasso da mesma para explicar as ações imprudentes. Vives continua afirmando que seria possível que um fenômeno fosse filosoficamente correto e na prática de outros campos fosse inútil, mas isso só seria possível quando o interesse do filósofo e do prático fossem distintos, o que não é o caso da doutrina de Welzel que tem pretensão conceitual filosófica e jurídica. Arremata Vives que, de qualquer forma, não concorda que o conceito jurídico-penal de ação, tal como formulado por Welzel seja filosoficamente correto, além de juridicamente inútil.

sobre a vontade. Com efeito, não se pode deixar de frisar que Fletcher tem uma declarada pretensão de universalidade e transculturalidade do conceito de ação que deve ser neutro, invariável conforme as influências e mudanças políticas e morais. Para alcançar tal pretensão, Fletcher entende que o conceito de ação deve estar situado fora dos limites do campo jurídico e, pertencendo ao estudo filosófico, para que a noção do fenômeno transcenda às culturas e os sistemas positivos de cada Estado.

Diante destas afirmativas de interesse sobre o objeto de estudo, Fletcher afirma que um dos maiores problemas conceituais é o da vontade. Para Fletcher é comum que se confundam os "estados mentais", que são meramente descritivos, com o que ele chamou de "juízo de culpabilidade" requerido pelo delito, que são normativos. Na tentativa de exemplificar, expõe que a doutrina norte-americana, sob a influência do *Model Penal Code*, classifica os estados mentais em quatro categorias: (1) propósito; (2) conhecimento ou ciência; (3) desconsideração ou indiferença; e (4) negligência ou imprudência. E arremata afirmando que a constatação de que alguém agiu com propósito, com ciência, é uma questão de fato, não há qualquer juízo moral sobre estes estados mentais, porém, quando afirmamos que alguém agiu com desconsideração ou com negligência, estamos valorando o estado mental do agente e comparando a ação desta pessoa com a que teria tido uma outra pessoa razoável. Esta é uma valoração do estado mental do agente, que antecipa um juízo valorativo que não é admissível em um conceito de ação que se pretende neutro, universal e pré-jurídico.

É neste contexto que Fletcher traçou as linhas críticas a Welzel, estendendo-a de uma forma geral aos penalistas, porquanto para ele as tendências surgidas na Alemanha[15] e

15. Faz especial menção a Jakobs (2008, p. 384-385).

em outros países da Europa na última metade do século XX acabam por integrar elementos da culpabilidade no conceito de ação porque concebem a relação entre corpo e alma em consonância ao dualismo filosófico de tradição cartesiana, segundo o qual corpo e mente são âmbitos distintos (a ação ocorre quando um fenômeno mental o causa). Mas, afirma categoricamente Fletcher que "a teoria comunicativa da ação tem um fundamento holístico.

Portanto não é difícil compreender que para Fletcher o agente tem um estado mental quando atua, porém este, como já dito anteriormente, não é o ponto de partida da teoria da ação comunicativa, mas a forma como os observadores compreendem um movimento ou um não movimento, que deve ser geral e não particularizada em elementos isolados internos (mentais) e externos (movimentos ou não movimentos).

É de se frisar que Fletcher faz uma autocrítica a sua teoria comunicativa exatamente no ponto que pretende ser universal, pois se a linguagem oral ou corporal são a essência do conceito comunicativo e a linguagem varia de uma cultura para outra, inviabilizando a adequada compreensão de certas ações, cai por terra sua pretensão de universalidade, mas, anseia o filósofo e jurista norte-americano encontrar uma teoria da ação que transcenda o tempo e o espaço (2008, p. 385).

CONCLUSÃO

É extremamente comum classificar os modelos conceituais de conduta em autônomo (ao Direito) ou pré-jurídico e normativo. Outras classificações são mais específicas para o direito penal, dividindo as ações em pré-típicas e típicas. Também é comum interrelacionar estas classificações considerando que as ações pré-típicas são autônomas ou pré-jurídicas e as típicas são normativas.

Todas estas classificações e, principalmente, estas interrelações são inadequadas. Nada impede que um conceito pré-jurídico seja normativo quando se tem em vista que as normas a que se refere o termo normativo são mais abrangentes do que meramente normas jurídicas.

É possível, ademais, que um conceito pré-típico seja jurídico, pois que conceitos típicos são aqueles que se inferem do próprio tipo penal, ao passo que conceitos pré-típicos são anteriores ao direito penal, mas não necessariamente anteriores ao Direito. O conceito pré-jurídico que é anterior ao Direito.

De outro lado, há uma confusão entre conceito pré-jurídico e avalorativo ou natural e conceito normativo e valorativo. Estas relações, igualmente, não têm correspondência exata. O conceito pessoal de Roxin, v. g., é pré-jurídico, se pretende natural, porém é valorativo. Exatamente por ser valorativo e natural, faz o próprio afirmar que seu conceito é normativo, mas não é normativista. Parece que o correto seria reconhecer sua valoratividade, mas não sua normatividade, ou seja, o conceito de Roxin é pré-jurídico e valorativo, mas não normativo.

Assim, diversas seriam as classificações dicotômicas dos modelos conceituais de condutas: *pré-jurídico* e *jurídico* (para estabelecer a diferença entre conceitos anteriores ao Direito ou que se valem de regras jurídicas); *pré-típico* e *típico* (para estabelecer a diferença entre os conceitos que independem do tipo penal e aqueles que somente se inferem dos tipos penais); *natural* (ou *avalorativo)* e *valorativo* (para estabelecer a diferença entre aqueles que se utilizam de elementos naturais sem atribuição de valor e aqueles que necessitam de uma valoração na construção de um conceito de conduta); *normativo* e *anormativo* (que depende da norma para delimitação do conceito ou não depende).

Assim, o conceito da teoria natural-causalista de von Liszt e von Beling se pretende pré-jurídico, pré-típico, natural e anormativo, ao passo que apesar da matriz de pensamento positivista, o conceito de Ferri é jurídico, típico, avalorativo e normativo. O conceito de Welzel tem declarada pretensão de ser pré-jurídico, pré-típico, anormativo e natural.

O caso Fletcher (assim como o de Vives) é interessante, pois desenvolve sua teoria com base na filosofia da linguagem e, portanto, busca conceito *a priori* não em elementos ônticos, mas nas interrelações subjetivas do ser que age e daquele que conhece ou compreende (termo preferido por Fletcher), assim é conceito pré-jurídico, pré-típico e valorativo (mas Vives se vale das normas – ainda que sociais – para elaboração de seu conceito), sendo que Fletcher se utiliza da contextualização da conduta na interação humana. Desta forma Fletcher é anormativo (de Vives é normativo), malgrado ambos sejam valorativos.

É com essa compreensão que os penalistas devem iniciar o caminho dogmático fundado em um conceito de conduta humana baseado na filosofia da linguagem formulado por George Fletcher, cujas linhas gerais foram aqui expostas.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BELING, Ernst von. **A Ação Punível e a Pena**. tradução Maria Carbajal do original *Esquema de Derecho Penal*, na parte "Doutrina do delito-tipo". traduzida do alemão para o espanhol por Sebastián Soler em 1944, São Paulo: Rideel, 2007

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

____, MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos e DÍAZ PITA, María Del Mar. **Modernas Tendências sobre o Dolo em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal, Parte Geral**. Volume I. Campinas: LZN, 2002 (original de 1859), p. 49.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal – o criminoso e o crime**. Traduzido por Luiz de Lemos D´Oliveira em 1931 (original de 1929). Campinas: Russel, 2003, p. 49.

FLETCHER, George Patrick. **Gramática del Derecho penal**. tradução Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

____. **Conceptos Basicos de Derecho Penal**. tradução Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

____. **Rethinking Criminal Law I**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1978.

HABERMAS, Jünger. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. tradução Guido A. Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HARTMANN, Nicolai. **Ontología V**. 2ª ed. trad. José Gaos. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinqüente**. tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007 (original em 1876).

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Parte General, Fundamentos y Teoria de La imputación**. 2ª ed. Tradução Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

PARSONS, Talcott e SHILS, Edward A. **Hacia uma Teoría General de la Acción**. trad. Rubén Héctor Zorrilla. Buenos Aires: Kapeluz, 1968.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General, Tomo I – Fundamentos, La Estructura de La Teoría Del Delito**. tradução espanhola Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 1997.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito – Variações e Tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos Del Sistema Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal**. Tomo I. tradução José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista**. tradução Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 (original de 1960).

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. trad. Marcos G. Montagnoli. revisão Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo *et al*. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

AS PENAS PERDIDAS: SIMBOLISMO, CONTROLE SOCIAL E A DESLEGITIMAÇÃO DA TUTELA PENAL

Claudio Abel Franco de Assis

INTRODUÇÃO

Quando se analisa o Direito Penal e o Sistema Penal segundo as tradicionais categorias do penalismo as quais se está acostumado desde sempre, existe sempre o perigo de se incorrer em uma tal "simulação" da realidade ôntica, algo como um dado hermético produzido apenas para o mundo jurídico e à ele fortemente limitado. Nesse sentido, trabalhar a ideia de Sistema Penal em consonância com a realidade sob a tutela dos influxos da moderna Criminologia e, bem como, com o apoio dos dados sociológicos, parece trazer resultados mais próximos da realidade ou, ao menos, de uma fotografia da mesma, de maneira a se poder verificar com alguma precisão quais tem sido os desdobramentos da atuação do Direito Penal e do Sistema Penal no seio da sociedade.

Diante dessa concepção de mundo, destaca-se o indispensável pensamento de Eugênio Raúl Zaffaroni com as suas importantes contribuições tanto pela ótica do realismo mar-

ginal, fruto genuíno de suas ideias fortemente críticas acerca da América Latina, como pela interpretação mais recente de sua lavra, alcunhada como funcionalismo redutor, em que é possível determinar qual seria o valor real do Sistema Penal num Estado Democrático de Direito.

Isto posto, o presente artigo visa reflexionar, fundamentalmente, o Sistema Penal sob a tutela do realismo marginal zaffaroniano, demonstrando, ainda que sinteticamente, algumas bases da famosa teoria do mestre argentino, desenvolvida inicialmente no fim dos anos 1980 com o ensaio "Em busca das penas perdidas", o qual é fortemente referenciado como a bússola teórica primordial desse trabalho. Com esse enfoque, esforços serão envidados visando, sobretudo, se compreender como se efetiva, na práxis social, a dinâmica do poder punitivo e como a legitimidade do mesmo vem perdendo força na realidade das sociedades, principalmente no caso da América Latina, que é o alvo precípuo de reflexões da teoria zaffaroniana, e, ainda, do delicado e conflituoso contexto brasileiro.

1. O SISTEMA PENAL SOB A ÓTICA DO REALISMO MARGINAL: BREVES REFLEXÕES SOBRE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE

Em verdade, acompanhando o magistério de Eugênio Raúl Zaffaroni (1991), o sistema penal se constitui e se orienta por uma utópica legitimidade, pois, enquanto complexa manifestação do poder social, tem a sua legitimidade na "característica outorgada por sua racionalidade" (1991, p. 16), e, como o poder social não pode ser estático, já que é um exercício, um agir guiado e ponderado pelo caractere normativo, o sistema penal tenta se apresentar como um "exercício de poder planejado racionalmente". A questão, porém, é que essa forma de

apresentação não tem repercussão na realidade prática, pois a execução desse tal planejamento do sistema penal, isto é, o discurso jurídico-penal, não é racional, pelo que não pode então legitimar-se, já que “se esse discurso jurídico-penal fosse racional e se o sistema penal atuasse em conformidade com o sistema penal seria legítimo” (ZAFFARONI, 1991, p. 16).

Assim sendo, para Zaffaroni (1991) a coerência interna do discurso jurídico-penal e o seu valor de verdade quanto à operatividade social deveriam colaborar para que o sistema se legitimasse por si mesmo, contudo não há racionalidade pois não há coerência nem mesmo internamente ao próprio sistema penal. Essa negação da própria coerência interna do discurso jurídico-penal salta à vista com argumentos positivistas como “assim diz a lei”, “é assim porque o legislador quer”, e esses imbróglios são constantemente usados na América Latina e que demonstram mesmo a falha das tentativas de racionalização e de legitimação do exercício de poder do sistema penal (ZAFFARONI, 1991).

Um sintoma, na visão do mestre argentino, de deslegitimação sistêmica do Direito Penal é que o sistema penal não atua conforme a legalidade, sendo esta, em certo sentido, a operacionalidade real do sistema penal. A questão mesmo é que os órgãos que convergem do sistema penal não exercem seus poderes de acordo com a programação da lei oriunda do discurso jurídico-penal. Tanto assim que, no caso mesmo do Brasil, se constata o disparate entre o que diz a lei e o que acontece na prática. Apenas como exemplo, veja-se a lei nº 7.210/84, a Lei de Execuções Penais, que traz conceitos bastante avançados e coadunados com a Dignidade da Pessoa Humana como seus objetivos de garantia do bem estar do condenado, necessidade de classificação do indivíduo e individualização da pena e assistência necessária dentro do cárcere (NUCCI, 2005, p. 917).

Basta se atentar para os arts. 10 a 25 da lei para se aquilatar o avanço da política de assistência ao preso, que dizer então do art. 40 que determina "a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios"? Não é necessária uma análise muito aprofundada dos presídios e cadeias espalhados por esse país continental para que seja possível a constatação de que a realidade é bem diferente: o sistema prisional brasileiro está inflado de pessoas que se amontoam em condições degradantes e o Estado não consegue assegurar, nem em nível elementar, os preceitos trazidos no bojo da lei (GOMES, 2002, p. 330).

Nesse sentido e constatando o avilte que é o sistema carcerário no Brasil, Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2005, p. 919) assevera que,

> na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.

Por fim, ainda neste exemplo, o que dizer ainda da "ressocialização" mencionada já no artigo inaugural da lei? Será que o sistema de execução penal, da forma como ele efetivamente funciona hoje no Brasil, propicia a "harmônica integração social do condenado"?

Seguindo com a idéia zaffaroniana de legalidade, percebe-se então, pelo exposto, que nem sequer em nível prévio, nem mesmo primariamente, o exercício de poder do sistema

penal é “legal”. E a pretensa legalidade do discurso jurídico-penal desdobra-se, por princípio, na legalidade penal e na legalidade processual.

Por legalidade penal deve-se entender ser a exigência mesma de que o poder punitivo do sistema penal ocorra sob o filtro de limites que sejam *a priori* delimitados para a punibilidade (ZAFFARONI, 1991, p. 21).

Já com relação à legalidade processual, seria ela a demanda de que os órgãos do sistema penal efetuem seus desideratos como tentativa de criminalização de **todos os autores** de ações típicas, antijurídicas e culpáveis , desde que este exercício se efetive segundo o que Zaffaroni designa como “certas pautas detalhadamente explicitadas” (1991, p. 21). Tal contexto será analisado mais detidamente na seção seguinte do presente artigo. O ponto aqui é que a execução desse poder, para além da somente ação conforme os ditames legais, deveria sempre ser levada a bom termo pelo sistema penal.

Algo a ser relevado é o grifo que foi feito acima na expressão “criminalização de **todos os autores** de ações típicas, antijurídicas e culpáveis”. Oras a legitimidade do discurso jurídico-penal já se mostra enfraquecida logo *prima facie* à constatação de que se tem um sistema que, além de parecer ter sido feito para não funcionar ou para só funcionar se selecionar determinados casos, não consegue tratar de todos os casos que se amoldam à norma penal incriminadora. Neste momento cabe trazer a baila que existe uma cifra negra da criminalidade que contamina todo o Sistema Penal. Nesse sentido, trazendo as lições de Bustos Ramirez e de Hormazábal Malarée (2004, p. 37) se tem, com precisão e clareza de ideias que,

> a estatística criminal se confecciona a partir dos dados registrados pelos órgãos do controle social pe-

> nal. Isso quer dizer que há um grande número de fatos puníveis que por não terem sido registrados **não formam parte da estatística criminal**. Estes fatos constituem a **cifra negra da criminalidade**. Com efeito nem todo delito é denunciado. Nem todos os delitos denunciados são registrados como tais pelo órgão ante o qual foi feita a denúncia. Nem todos os delitos denunciados e registrados pelo órgão que recebeu a denúncia são objeto de investigação e nem todos os investigados acabam sendo condenados. Deste modo, de acordo com o nível do órgão a partir do qual se elaborou a estatística, mais alta será a cifra negra. Dito em outras palavras, não é o mesmo elaborar estatísticas criminais a partir das sentenças condenatórias que dos fatos denunciados à polícia. Entre a comissão do delito e a sentença condenatória atuam uma série de filtros que não permitem contar com dados estatísticos confiáveis.

Em análise dessa preciosa lição sobre a cifra negra da criminalidade, pode-se resenhar que existem problemas internos graves dentro dos órgãos de investigação que compõem a "linha de frente" do sistema penal. Veja-se, em livre expediente imaginativo, mas que, frise-se, talvez em nada ou muito pouco se afasta do que seria a realidade, um exemplo de uma Delegacia Policial do sistema penal no Brasil. A primeira situação apresentada pelos referidos autores, que é também trabalhada por Augusto Thompson (2007, p. 42), é a denúncia e neste ponto até que não há tanta responsabilidade dos agentes do sistema, pois nem todo o delito é denunciado, e, como a Delegacia funciona através da *notitia criminis* - isto é, a autoridade policial precisa tomar conhecimento, seja de maneira espontânea ou provocada, de um fato aparentemen-

te criminoso – se essa informação sobre o fato não chega ao conhecimento da autoridade policial não há como agir e iniciar a investigação criminal. A segunda situação, todavia, já implica no inicio da responsabilização dos agentes, pois se pondera que "nem todos os delitos denunciados são registrados como tais", de fato, se efetivada uma denúncia junto à autoridade policial e esta não agir desconsiderando a informação por entender não ser caso de ação policial, ou por considerar não haver crime nem a princípio ou mesmo por pura conivência e desídia por já ter sobre si uma excessiva e quase impraticável demanda de trabalho, estará a autoridade colocando uma "pá de cal" e privilegiando a impunidade do possível delito cometido. Com relação a terceira e última situação em tese da cifra negra, conforme o excerto referenciado, "nem todos delitos denunciados e registrados pelo órgão que recebeu a denúncia são objeto de investigação e nem todos os investigados acabam sendo condenados", tem-se a ocorrência, primeiramente, do "engavetamento do caso" pela autoridade que, mesmo recebendo a denúncia, não procede com a investigação, arquivando o caso e, mais uma vez, deixando de fazer agir a máquina penal. Por fim, quando a denúncia é devidamente tratada e a autoridade policial procede com a investigação, ainda existem outros filtros no sistema que impedem que se tenha a condenação como resultado último.

Esses desdobramentos possíveis da cifra negra do crime foram, de forma vanguardista, expostos por Louk Hulsman quando ele sustenta a necessidade de abolição de um sistema que mal funciona e que influi tão pouco na vida das pessoas ao se considerar a ínfima quantidade de casos registrados. Eugenio Raúl Zaffaroni, em sua obra "Em busca das penas perdidas", amplamente referida na presente dissertação, utiliza as lições de Hulsman acerca do Direito Penal e Criminologia

e as transporta para a realidade da América Latina marginal, colacionando as mesmas com os dados da criminalidade da região. Nessa linha de ideias, os esforços de Hulsman são de importância ímpar no seio das discussões até aqui travadas de deslegitimação do Sistema Penal, uma vez que

> É preciso desafiar as ideias preconcebidas, repetidas abstratamente, sem qualquer reflexão pessoal e que mantém de pé os sistemas opressivos. Quando se veicula a imagem de um comportamento criminoso de natureza excepcional, muitas pessoas, no geral inteligentes e benevolentes, passam a acreditar que se justifica a adoção de medidas excepcionais contra as pessoas apanhadas pelo sistema penal. E, quando se imagina que se trata de colocar tais pessoas separadas das outras, para que fiquem impedidas de causar mal, passa-se a aceitar facilmente o próprio princípio do encarceramento, que as isola. **Para encarar os verdadeiros problemas que, de fato, existem, urge desmistificar tais imagens**. (HULSMAN, 1993, p. 43) (*grifo nosso*)

Portanto, retomando o raciocínio zaffaroniano sobre o discurso jurídico-penal, tem-se que não é ele legítimo por não ser legal, e mais, por possuir uma lógica interna e estrutura tais que o deslegitimam. É este um contexto tal em que a própria dimensão legal, a própria lei abdica dos limites da legalidade, desaparecendo mesmo então as funções de garantia dos tipos penais e excluindo a normal intervenção dos órgãos judiciais, de tal sorte que será este contexto exatamente a base imprescindível em que se operará o verdadeiro exercício de poder do sistema penal, seria o "poder configurador" (ZAFFARONI, 1991, p. 23).

Este tal poder, enquanto renúncia indubitável à legalidade penal, se encarrega de um "controle social militarizado e ver-

ticalizado" através dos órgãos do sistema penal, que o exercem sobre a sociedade. Zaffaroni, ampliando o termo, aduz que o "poder configurador" seria mesmo um poder "militarizador e verticalizador-disciplinar" (ZAFFARONI, 1991, p. 23).

Na verdade, Direito Penal e Controle Social seriam, em uma livre observação, duas faces da mesma moeda (BARATTA, 2002, p. 15). O ponto principal aqui é que o Controle Social seria justamente a face oculta dessa moeda, pois, veladamente, o Direito Penal se apresenta enquanto importante e eficiente instrumento de controle social (veja-se, *v.g*, o enquadramento de pessoas com base na condição social do que, propriamente, em eventuais condutas delitivas), com a concentração do poder controlador (MUÑOZ CONDE, 1999, p. 5), no que é cediço mencionar os órgãos policiais, nas mãos do executivo e a ingerência deste nos organismos institucionalizados de atuação do Direito Penal.

A face oculta do Controle Social através do Direito Penal se revela, não através do processo e condenação de um delito específico, pois esta seria uma exerção ínfima a se realizar muito eventualmente e de forma altamente seletiva e com bastante publicidade pelos meios de comunicação de massa, mas sim mediante o que Zaffaroni chama de "interiorização dessa vigilância disciplinar" (1991, p. 24) por parte significativa da população. Inclusive, para que esta interiorização seja eficaz é fundamental justamente esse papel midiático, "espetacularizante", dos meios de comunicação de massa. Nesse sentido, Juan Fuentes Osório (2005, p. 39) critica o sensacionalismo midiático que impõe o reforço aos marcos penais na sociedade:

> [...] la aparición durante un largo periodo de tiempo en los medios de noticias del crecimiento de las cifras de la criminalidad y la constante presencia

> en la agenda pública y política de hechos delictivos que por su importancia y gravedad, conmocionan a la opinión pública genera una continua presión en la clase política para que amplie los marcos penales, para que refuerce las reglas relativas a la ejecución de los procesos penales.

A mídia cumpre então papel decisivo quando o discurso jurídico-penal exerce o seu "real poder". Este poder, que atua através da "vigilância disciplinar verticalizante e militarizada" da sociedade, se operacionaliza de forma camuflada, de maneira mesmo a impedir a percepção consciente da sociedade sobre a sua atuação, daí porque as pessoas que são as mais vulneráveis à ação do sistema penal (fala-se aqui, evidentemente, dos mais pobres e dos marginais sociais, dissidentes), se, de uma forma não ficam impactadas ante ao exercício de poder do sistema penal que por vezes surge com sua mira apontada para o inimigo, de outra "percebem como temível o exercício de poder dos órgãos do sistema penal controlando qualquer conduta realizada em lugar público ou privado" (ZAFFARONI, 1991, p. 25).

Veja-se que o professor argentino observa que esse tal controle das condutas, essa fiscalização dos comportamentos, seja em locais públicos ou particulares, por se realizar de maneira camuflada dentro do sistema e por isso denotar o seu real exercício de poder, talvez seja até pior, em certa medida, à espetacularização promovida pelo sistema quando seleciona o "inimigo", o "bode expiatório" que servirá de modelo de demonstração de que o Direito Penal está funcionando e protegendo as pessoas ao punir exemplarmente os criminosos, isso porque atua sorrateiramente, atingindo mesmo a vida privada das pessoas, principalmente as mais carentes que não têm privacidade, ou a têm de maneira reduzida nos espaços urbanos.

Por isso que não há como escapar ao sistema, e aqui se pode criticar no sentido de que especialmente se a pessoa for das camadas mais carentes não pode fugir ao controle do sistema penal que incide a sua vigilância sobre praticamente qualquer conduta.

Por fim, concluindo as idéias de perda da legitimidade e da legalidade no seio da lógica estruturante do discurso jurídico penal, Zaffaroni (1991, p. 25) preleciona que,

> em síntese, e levando-se em conta a programação legal, deve-se concluir que o poder configurador ou positivo do sistema penal (o que cumpre a função de disciplinarismo verticalizante) é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim o planifica e porque o órgão legislativo deixa fora do discurso jurídico-penal amplíssimos âmbitos de controle social punitivo.

O Direito Penal ou o discurso jurídico-penal é ilegítimo também porque, no exercício de suas funções declaradas, tem-se como resultado problemas e infelicidades incalculáveis. Assim é que, na feliz e peculiar colocação de Alessandro Nepomoceno (2004, p. 42), o Direito Penal funciona como quando alguém vai efetuar a aquisição de um carro. O indivíduo analisa o veículo, constata o seu estado aparente de boa conservação, checa manual, documentos e etc, aparentando estar tudo muito certo. Quando se dá a partida no carro vem a ingrata surpresa: ele não funciona bem como se desejaria, o motor precisa de reparos, embora seja possível rodar ele chega a comprometer a segurança dos passageiros e até das pessoas na rua. *É assim o real funcionamento do sistema penal moderno, ele possui promessas, planos de ação que não são e não podem ser cumpridos, como um eficiente desempenho na luta com a criminalidade e a falsa reverberação de sentimen-*

tos de segurança e pacificação social - pois a lei penal, ainda que severa, está sendo aplicada, por exemplo, e cumpre o que não foi dito, reproduzindo o status quo mediante a penalização e eleição de uma minoria a sofrer as agruras do sistema.

A legitimidade do Direito Penal, portanto, por não encontrar, absolutamente, sustentação nem mesmo na legalidade, se perde completamente, já que passa a dialogar com uma função verdadeira do discurso jurídico-penal, através da execução de um poder configurador disciplinarizante (ZAFFARONI, 1991), que não encontra respaldo no ordenamento jurídico, e, embora ilegal, continua a se reproduzir, pois os problemas do sistema penal são sistêmicos, estruturais, é o que já foi mencionado anteriormente neste artigo: uma coisa é a lei, a abstrata previsão legal, outra é a realidade prática, a operacionalização do sistema penal, sobretudo no Brasil em que chega mesmo ao nível de disparate a comparação do diploma legal com a realidade, o mundo dos fatos. Isto posto, importa verificar agora a continuidade dessa reflexão no que tange ao Sistema Penal formal, à sua programação para agir e, ainda, quanto ao efeito de segurança, temas esses que serão melhor vistos na próxima seção deste trabalho.

2. LEGALIDADE, SISTEMA PENAL FORMAL E O EFEITO SIMBÓLICO DA SEGURANÇA

O Professor Zaffaroni, ao analisar todo o delicado arquétipo que conforma as categorias nas quais atua e se efetiva o Sistema Penal destaca claramente a separação entre o sistema, de *per si*, e a sua apresentação formal, isso é, os planos e as previsões abstratas que devem ou deveriam nortear a sua ação e, evidentemente, a abstrata previsão de condutas proibidas. Em tal direção, se aduz que a dita formalidade com

a qual se reveste o sistema serviria apenas como uma forma justificadora do real exercício de poder dos órgãos do sistema penal, de sorte que "a legalidade não é respeitada, nem mesmo em sua operacionalidade social" (1991, p. 26).

Nessa linha de ideias importa considerar que a própria estrutura base sob a qual está edificado o Sistema Penal revela-se absolutamente incoerente e, mais, padecendo de gravíssimos problemas por força da flagrante disparidade entre a previsão de condutas que devem ser reprimidas e a limitada capacidade de investigação das agências do sistema. Isso aponta para a triste realidade em que o discurso jurídico-penal acaba por programar um número elevado de hipóteses de incidência da tutela pena estatal em que o sistema deveria atuar inafastavelmente, quase como um agir repressivo mecânico que se quer revestir de alguma naturalidade. Nessa linha de ideias, os professores Afonso Maíllo e Luiz Reis Prado (2016, p. 74)) prelecionam que

> O fator fundamental aqui é o volume da criminalidade. A medida que aumenta o montante de crimes, surgem problemas imediatos acerca de como lidar com isso burocraticamente, com recursos limitados em termos de detecção e isolamento. Em alguma medida, a seletividade ocorre inevitavelmente

O que se apresenta como um dado relevante nessa acurada análise sob a ótica marginal zaffaroniana é que essa disparidade entre as condutas previstas sob as quais deveria obrigatoriamente incidir a repressão e a própria realidade diária da execução das agências do Sistema Penal seria a maneira pela qual o próprio sistema consegue se moldar à dinâmica dos fatos sociais e assim conseguir sobreviver e, mais, de-

monstrar que está atuando, que está funcionando, pelo que, conforme preleciona Zaffaroni em diversas oportunidades, parece ser muito mais importante que o Sistema Penal pareça funcionar, isto é, se opere como um símbolo como uma espécie de propaganda da repressão ou da capacidade repressora do Estado, de modo que a questão a saber se ele efetivamente funciona ou se o mesmo consegue coibir condutas fica relegada a segundo plano. Portanto, a ideia simbólica se superpõe a realidade operacional, não sendo necessário ao Sistema Penal funcionar efetivamente, desde que ele pareça que funcione, até porque o fato evidente, pelo menos no caso da América latina, é que o sistema se mostra como algo feito para não conseguir funcionar a contento e isso desde suas raízes.

Tal constatação se confirma quando se reflexiona a hipótese, ainda que remota, de uma funcionalidade plena da repressão penal, de modo que se conseguisse efetivamente coibir e reprimir todas as condutas abstratamente previstas. Oras, isso produziria um efeito bastante indesejável que seria um *bis in idem* considerável ou, consoante Zaffaroni, haveria uma significativa e repetitiva criminalização de várias vezes praticamente toda a população a qual se dirige à legislação penal. O mestre argentino sintetiza essa importante lição ao apontar, com propriedade, que,

> se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado. A realização da criminalização programada de acordo com o discurso jurídico-penal é um pressuposto tão absurdo quanto a acumulação de material bélico nuclear capaz de aniquilar várias

> vezes toda a vida do planeta. Estes dois paradoxos são reveladores de um sintoma da civilização industrial levado a seu absurdo máximo pela atual - ou nascente - civilização “tecnocientífica”. (1991, p. 26)

Nesses termos, o professor Zaffaroni defende intensamente a sua visão crítica do Sistema Penal, demonstrando as suas falácias e incoerências, de tal maneira que o mesmo parece ter sido programado para ser ineficaz. Tanto é verdade que, considerando essa citada metáfora das armas nucleares, se verifica que elas teriam efetivamente um poder de grande destruição, até porque o fato de algum país as possuir é justamente pelo poder nelas implícito, ou seja, um certo efeito prático que é dissuasório já que apenas o mérito de possuir ou armazenar tal armamento praticamente anula o seu uso real. Todavia, no caso do sistema penal não é isso o que ocorre, uma vez que o sistema penal se apresenta como um embuste, uma enganação, o mesmo pretende sempre demonstrar um poder que, de fato, não possui pois, como visto anteriormente, se o mesmo detivesse tal poder e se ele fosse sempre levado à bom termo na *práxis* social, haveria uma catástrofe, um cenário de grave conflito social.

Em tal contexto, o raciocínio zaffaroniano arremata a conclusão de que a ideia vendida pelo Sistema Penal è a de segurança, ou de símbolo de uma suposta proteção social no sentido de que a sociedade está mais segura com o mesmo. Isto posto, diante do fato notório de que fazer o sistema penal funcionar a plenos pulmões e consoante a sua programação genuína é algo que ninguém gostaria haja vista a realidade criminalizadora dirigida à toda a população, resta evidente então que o

> sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que

> exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis. Esta seleção é produto de um exercício de poder que se encontra, igualmente em mãos dos órgãos executivos, de modo que também no sistema penal "formal" a incidência seletiva dos órgãos legislativo e judicial é mínima". (ZAFFARONI, 1991, p. 27)

Assim sendo, constata-se que a construção aqui referenciada da legalidade formal do sistema penal é cancelada desde a sua origem por força, sobretudo, desse contexto de seletividade sistêmica, que orienta uma ação muito específica das rédeas do sistema repressivo para uma quantidade praticamente insignificante do que foi abstratamente previsto no âmbito legislativo penal. Isso torna, por certo, falsa a ideia de legalidade processual aventada pelo discurso jurídico-penal. Interessante é a constatação de que os órgãos de execução do sistema, sobretudo as polícias, parecem ter um "espaço legal" (1991, p. 27) de execução de poder repressivo sobre qualquer pessoa, muito embora apenas operem quando, onde e sobre quem decidam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que se refere a todo o exposto neste trabalho, a conclusão primeira a que se chega, com apoio em Eugenio Raúl Zaffaroni, é que o discurso jurídico-penal dos dias atuais há muito perdeu sua legitimidade, tendo perdido mesmo a sua compatibilidade com o próprio Estado de Direito. Assim os sistemas penais "torcem e retorcem" em uma estrutura que cancela o próprio discurso jurídico-penal.

Em tal direção, muito embora o referenciado sistema de pensamento do realismo marginal exista no penalismo contemporâneo já há alguns anos, é impressionante como a força de suas reflexões permanece atual. Com efeito, as ideias que

aqui se tentou levar a bom termo, continuam atuais uma vez que os problemas do Direito Penal e do Sistema Penal continuam a ser os velhos problemas de sempre.

Isso fica evidente a partir das ponderações feitas com apoio na teoria zaffaroniana que apontam as graves mazelas que surgem como consequência prática da operação de um sistema de repressão penal que já nasce ilegítimo e pensado efetivamente para não funcionar desde o seu nascedouro. Os nefastos meandros da seletividade acabam contaminando por completo a operacionalidade do Sistema Penal, de maneira tal que se torna inviável confiar no mesmo sob qualquer justificativa, principalmente sob o pálio da "segurança" social, que, como visto, nada mais é do que ferramenta simbólica para se tentar pacificar a sociedade na medida em que a mesma imagina estar segura.

Portanto, pode-se pensar, em linha final, que o resgate da legitimidade do Direito Penal deve necessariamente passar por uma aproximação entre o plano normativo e a realidade, para que os diplomas normativos não sejam mera "letra morta" diante de uma cruel e violenta realidade como é a da América Latina e, bem como, a brasileira.

REFERÊNCIAS BILIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. **Nuevo sistema de derecho penal.** Madrid: Trotta, 2004.

FUENTES OSORIO, Juan L. **Los medios de comunicación y el derecho penal.** In: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). núm. 07-16. 2005. Disponível em: < http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf > Acesso em: 20 mar 2017.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernet de. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão.** Niterói: Luam, 1993.

MAILLO, Afonso Serrano. PRADO, Luiz Regis. **Curso de criminologia.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social.** 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho penal - parte general.** Madrid: Editorial Civitas, 1997.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? – O crime e o criminoso: entes políticos.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** 3. ed. trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

(DES)CAMINHOS DO CRIME: UMA ABORDAGEM SÓCIO-POLÍTICO-CRIMINAL DA OBRA CINEMATOGRÁFICA "FALCÃO: MENINOS DO TRÁFICO"

Fernanda Licéli Lowe
Karine de Castro Kotlewski

INTRODUÇÃO

A presente análise crítica tem por escopo tecer considerações sócio-político-criminais tendo como elemento norteador a obra cinematográfica "Falcão: meninos do tráfico". Sem a pretensão de esgotar as nuances a partir das quais é possível estudar a fundo o enredo do documentário, as diversas, complexas e concomitantes temáticas que subjazem tal contexto, buscou-se restringir o campo de análise às seguintes questões: 1. O tráfico de drogas e delitos conexos como um crime relacionado com a auferição e distribuição de renda. 2. O direito (in)oficial e as práticas regulatórias da vida na favela como alternativa naqueles contextos onde o Direito e Estado não chegam (a tempo, ou de forma suficiente). 3. A Relação entre marginalizados, globalização, sistema econômico e a identidade (o "ser alguém", o "existir"). 4 Os elementos

simbólicos e discursivos que conferem singular tonalidade ao enredo debatido e que, por, não raro, adotarem um caráter dissimulado, ocultam uma proposta de estigmatização, dominação e de poder (muitas vezes institucionalizado), de um lado, e de descaracterização e desvalorização daquelas vidas que, pela sua conjuntura e trajetória, não são vistas como dignas de serem acolhidas, suscetíveis de serem vividas. 5. Os elementos de cunho social, institucional e, mais especificamente, de política criminal que, muitas vezes, opera com certa esquizofrenia (tentando perseguir o melhor objetivo, porém, deixando marcas ainda mais perversas).

2. "FALCÃO: MENINOS DO TRÁFICO" – APRESENTAÇÃO DA OBRA E PROPOSIÇÕES CRÍTICAS

2.1 BREVE RELATO SOBRE O DOCUMENTÁRIO INTITULADO "FALCÃO: MENINOS DO TRÁFICO"

O documentário "Falcão: meninos do tráfico" é uma obra brasileira, produzida a quatro mãos, pelo rapper MV Bill e por Celso Athayde. Com o apoio audiovisual da CUF (Central Única das Favelas), a produção é legendada, devido ao uso de linguagens informais e/ou gírias, e retrata a vida de jovens e crianças de favelas brasileiras, especificamente envolvidos no uso e tráfico de drogas. O resultado é produto de gravações entre os anos de 1998 e 2006, composto por relatos de meninos moradores da periferia (favela).

O enredo versa sobre histórias de vida, contando também com imagens e entrevistas de familiares, sem identificar os sujeitos, documentando de forma direta e indireta o contexto social das camadas pauperizadas. A repercussão do docu-

mentário foi determinante através de um quadro no Fantástico, transmitido nacionalmente pela rede Globo. Inicialmente, o enredo reproduz "a vida na favela", a problemática da traficância - um comércio que envolve toda a vida em sociedade, e que, de forma indireta, *esconde* o perfil do criminoso delineado pela excludente política criminal do Estado. A linguagem informal através de gírias, a música no ritmo de funk, o uso de ouros e a glamourização por bens materiais são pano de fundo para o cenário do documentário abordado.

Nas palavras de um dos entrevistados, o documentário tem como objetivo a visibilidade: "para as pessoas não ignorarem que existe, quem compra...quem vende, ignorando quem morre e quem mata por isso". A narrativa disserta sobre o linguajar, referindo-se de modo informativo sobre o significado de nomenclaturas da favela, como "falcão", "vapor", "carga", "x-9", "firma", "fogueteiro", "embalação", "rodar", "bagulho", "deixar falhar", entre outras falas determinantes para a vida no tráfico. De modo geral, os entrevistados arrazoam o comércio de drogas como uma alternativa para a sobrevivência deles e da família, defendendo a "firma do narcotráfico" como uma empresa (no sentido "normal" de trabalho entre empregador e empregado). Muitos relatam o uso de drogas e demonstram conhecimentos acerca dos danos causados pelo uso de entorpecentes - todavia, nomeiam o uso e o comércio da droga com certo fascínio quanto ao tratamento daqueles que são respeitados como criminosos e/ou grandes traficantes.

Em suma, MV Bill relata que está "mostrando a vida de pessoas que talvez não fazem parte das estatísticas...talvez só virem estatística depois de mortas...", no sentido de justificar o porquê da exposição do ambiente incomum para a maioria dos brasileiros, alertando para a importância e urgência da visibilidade "destas pessoas" (e consequentemente do ambiente em que vivem).

2.2 ALGUMAS PROPOSIÇÕES CRÍTICAS SUBJACENTES AO CONTEXTO DO DOCUMENTÁRIO

A partir da visualização do documentário Falcão – Meninos do Tráfico, dentro dos diversos enfoques a partir dos quais é possível levantar questionamentos acerca da complexa problemática apresentada, buscamos, para fins de delimitar a presente análise, discorrer sobre algumas temáticas pontualmente consideradas, a citar: 1. O tráfico de drogas e delitos conexos como um crime relacionado com a auferição e distribuição de renda. 2. O direito (in)oficial e as práticas regulatórias da vida na favela como alternativa naqueles contextos onde o Direito e Estado não chegam (a tempo, ou de forma suficiente). 3. A Relação entre marginalizados, globalização, sistema econômico e a identidade (o "ser alguém", o "existir").

Quanto ao primeiro item, "o tráfico de drogas e delitos conexos como um crime relacionado com a obtenção e distribuição de renda", é possível notar, em vários trechos do documentário a menção, na fala dos jovens meninos agenciados pelo tráfico, ao fato de que este caminho fora o único possível para a obtenção de sustento para si e para suas famílias. Nestas falas, é notável uma conscientização, por parte dos jovens, sobre a ausência de condições/requisitos para a disputa de uma vaga no mercado de trabalho (como a baixa escolaridade, passagens policiais etc.), a exclusão e discriminação social daí decorrente e o acolhimento "oportuno" dado a eles pelo sistema do crime organizado.

Nesta senda, considerando-se, ainda, o grave problema da desigualdade social e econômica nacional, o sistema clientelista e patrimonialista que ainda orienta muitas das condutas comissivas e omissivas de nossos representantes e governantes (que acabam por obstaculizar a ação do Estado e das po-

líticas públicas promocionais e de assistência que teriam o poder de, ao menos, minimizar tais problemáticas), se rendem, os jovens, àquilo que está mais acessível a eles, dadas suas condições. Tais considerações podem ser aproveitadas na contextualização de outras infrações penais, como o porte e tráfico de armas, crimes contra o patrimônio (roubo, furto, receptação etc.) e, até mesmo, com o aliciamento de menores para fins de prostituição. Neste sentido, a oportunização de estudo/ensino e qualificação/profissionalização, de ingresso no mercado de trabalho, de meio que permitam a estes jovens competir por um meio lícito que lhes permitam extrair renda constituiria, talvez, em um mecanismo de redução de vidas fragilizadas capturadas pelo crime organizado.

O segundo item, "o direito (in)oficial e as práticas regulatórias da vida na favela como alternativa naqueles contextos onde o Direito e Estado não chegam (a tempo, ou de forma suficiente)" denuncia as circunstâncias de instabilidades enfrentadas pelo Estado-moderno, no que toca aos seus dois objetivos, quais sejam, segundo Santos (1974), a regulação e emancipação e, a insuficiência do Estado democrático de Direito brasileiro no desempenho dos objetivos de sua incumbência. Em vista do advento de diversos atores sociais na cena política e institucional contemporânea, seja a nível interno ou internacional, o Estado vem perdendo monopólio de regulação e de controle e autonomia dentro do seu próprio território (o que já vem denunciado por autores como Faria, 2011); vem, também, encontrando dificuldades em manter em equilíbrio a balança entre metas a si atribuídas (satisfação dos direitos de diferentes gerações) e capacidades (financeiras/orçamentárias, institucionais, técnicas...), além de outros percalços neste caminho encontrados.

Isto conduz a uma gravosa dificuldade do Estado de, por meio de seus poderes e órgãos, alcançar uma prestação social

e jurídica uniforme a todos os quatro cantos de nosso País. E, justamente em locais onde o Estado não chega (ou chega tarde, ou de maneira insuficiente), são desenvolvidos códigos e normas (in)oficiais, mas que são construídas pelos próprios sujeitos sociais de uma dada comunidade (mais especificamente por aqueles que gozam de um certo poder/prestígio – no caso do documentário, os traficantes). Isto já havia sido constatado por Santos (1974) nos seus diversos escritos envolvendo a estrutura jurídica e o direito elaborado no bojo de Pasárgada (nome fictício dado a uma favela do Rio de Janeiro). Neste código próprio, é possível verificar a existência de contraprestações entre traficantes e a população que reside na favela: aqueles fornecem proteção e até mesmo franqueiam a subsistência de famílias em troca do silêncio, do apoio e facilitação dos moradores, notadamente perante as ações policiais e estatais.

A proposta de direitos inoficiais, em geral, pode-se revelar em instrumento de cidadanização, democratização e envolvimento social na superação de seus impasses, sendo, em virtude disso, uma das propostas defendidas por correntes contemporâneas tal como o pluralismo jurídico (e suas diversas variantes). Agora, não se pode negligenciar que, por trás deste direito inoficial, podem ter sido empregadas, na sua elaboração, fórmulas como a lei do mais forte etc., assim como nem todos os interessados podem ter sido partícipes de sua elaboração, nem todos podem ter externalizado a real intenção/vontade etc.

Quanto ao terceiro item debatido, "A relação entre marginalizados, globalização, sistema econômico e a identidade (o ser alguém, o existir)", valendo-nos das considerações tecidas por autores como Bauman (1999, 2005 e 2007) e Giddens (2002), é possível notar que o contexto de marginalização e exclusão tal como o apresentado no documentário revela-se

como uma das faces da lógica sob a qual opera o sistema econômico contemporâneo, fomentado pela expansão da globalização e seus efeitos. Tal como nos explica Bauman (2007), para os indivíduos que não possuem condições de participar ativamente do consumo, os chamados 'consumidores falhos', que não consigam seguir o padrão de uma sociedade capitalista, que não se adequam ao modelo prevalecente, só resta descaracterizá-lo da condição de sujeito, negar a sua condição de Outro. Isto ocorre mediante afastamento através de barreiras físicas (grades, construções, sistemas privados de proteção e monitoramento individualizado das pessoas e de seus patrimônios) e, também, psíquicas e sociais, ocultando-o, encobrindo-o, de forma a ser ignorado na sua condição de sujeito, de partícipe da sociedade, relegando-o ao papel de refugo, de marginalizado, retirando, por vezes, a sua própria condição de cidadão, já que "é basicamente sua capacidade como consumidor, não como produtor, que define o seu status de cidadão (BAUMAN, 2007, p. 105-106)".

Essa separação física, para Bauman, "[...] tem sido ao longo dos séculos uma forma quase visceral e instintiva de reagir a toda diferença e particularmente à diferença que não podia ser acomodada nem se desejava acomodar na rede habitual das relações sociais (1999, p. 114), produzindo, de outro modo, uma figura indissociável desta perspectiva, qual seja, a do isolamento, que "[...] reduz, diminui e comprime a visão do outro [...]" (BAUMAN, 1999, p. 114).

Estando automaticamente isolados, excluídos, relegados a um plano marginal, os jovens, de baixa escolaridade e pouco contato com perspectivas outras que não as provenientes do contexto do crime organizado em que vivem, encontrando-se, ainda, desvinculados, a partir de Giddens (2002) daquelas instituições sociais responsáveis pelo auxílio na constru-

ção da identidade e reflexividade do sujeito (como a escola, a religião, a família – já que, por exemplo, consoante se nota do documentário, em grande parte dos casos, os jovens não possuíam famílias estruturas, ou sequer as possuíam).

Toda esta frágil conjuntura faz com que indivíduos como os meninos do tráfico acabem por cair nas garras do sistema penal e judiciário. Neste, ocupam um novo papel, a se submeter a uma nova temporalidade, conforme Ost (1999), uma nova e própria simbologia e ritualização; perpassam por diversas etapas e fases que, ao fim e ao cabo, atribuem a cada um, certo percurso iniciático, conforme Garapon (1997), e culmina com a colocação do infrator diante de um contexto que, não raro, o condenará pela segunda vez (agora em via jurídica, já que na via social sua condenação de há muito tempo se perpetua), estando sujeito, agora, às disposições do sistema penal.

Bauman observa, neste enredo, que

> todo o processo policial/judicial que culmina na prisão é, em certo sentido, um longo ritual rigidamente estruturado de rejeição simbólica e exclusão física. A rejeição e a exclusão são humilhantes e pretendem isso; visam a fazer o rejeitado/excluído aceitar sua imperfeição e inferioridade social." (1999, p. 134-135)

Ou seja, o próprio tratamento dispendido pelo aparato jurídico-repressivo acaba por agravar a situação de exclusão e desigualdade que caracteriza a trajetória da vida de indivíduos tais como os meninos do tráfico. Sobre outra perspectiva, mas, na mesma temática, Bauman assim se expressa:

> todos esses fatores considerados em conjunto convertem para um efeito comum: a identificação do

> crime com os ‘desclassificados’ (sempre locais) ou, o que vem dar praticamente no mesmo, a criminalização da pobreza. Os tipos mais comuns de criminosos na visão do público vêm quase sem exceção da ‘base’ da sociedade. Os guetos urbanos e as zonas proibidas são considerados áreas produtoras de crime e criminosos. E, ao contrário, as fontes de criminalidade [...] parecem ser inequivocamente locais e localizadas” (1999, p. 134)

Numa sociedade “líquido-moderna”, para referenciar Bauman, pensar que uma prática delituosa tem origem em um isolado comportamento desviante de um indivíduo é demasiado simplório e acrítico. Da mesma forma “[...] que a rejeição/exclusão praticada através do sistema penal é parte integrante da produção social do crime (BAUMAN, 1999, p. 135)”, a existência de todo um histórico de exclusão e violência simbólica (para citar Bourdieu, 1998) a delinear a vida dos indivíduos infratores não pode ser descurada. O tratamento penal e judicial, o agravamento das penas e regimes de execução, as propostas de supressão de direitos e garantias aos infratores da lei, a produção legislativa de novos tipos penais, neste contexto, equivale a como popularmente se diz, “enxugar gelo”, e, pior, põe em risco uma gama de conquistas inseridas muito custosamente em nosso ordenamento jurídico-democrático, além de fragilizar o paradigma do Estado Constitucional de direito, erigido, dentre outros, sob as pilastras do garantismo de Ferrajoli (2000).

Deve-se, outrossim, estudar e tratar a criminalidade e os sujeitos a ela vinculados tendo em conta a complexidade e a profundidade da temática, promovendo-se uma abordagem sob um olhar multi e interdisciplinar de todas mazelas que subjazem a problemática aqui discutida, buscando-se, sobre-

tudo, ofertar propostas e sugerir caminhos que resgatem a condição de Outro, de sujeito de sua história, de um lado, e universalize o acesso dos direitos humanos e fundamentais a todos que deles necessitem.

2.3 O *HOMO SACER* E A LINGUAGEM SIMBÓLICA: A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO ATRAVÉS DE MECANISMOS DE CONTROLE

Apresentados, até o momento, o enredo no qual se passa a obra cinematográfica sob apreciação, bem como alguns dos aspectos que subjazem o contexto no qual o documentário se passou, neste último item a ser desenvolvido, abordar-se-ão subjetividades acerca dos contextos criminológico e social brasileiro – a construção do *homo sacer*.

Frente às disfunções do sistema, Foucault (1996) assevera que "em uma sociedade como a nossa, conhecemos, é certo, procedimentos de exclusão. O mais evidente, o mais familiar também, é a interdição: sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo". Desta forma, o discurso é controlado. Em síntese: a sociedade é controlada pelos padrões impostos através da simbologia do discurso.

Diante do contexto, como apresentam-se linguisticamente os seres humanos? A simbologia está vinculada ao controle social?

Neste ínterim, a crueldade simbólica interfere nos processos de construção social, de fato. Se por um lado a palavra linguagem representa a comunicação, de outro ela contribui para a criação de "abismos sociais". No documentário exposto, percebe-se devaneios linguísticos, com a utilização de gírias e linguajar chulo e/ou popular - característica de fala comum como *o* – referenciando a um dos... – fator(es) excludente(s) das camadas sociais que utilizam o português formal para a comunicação.

Cada vez mais a sociedade posiciona-se de forma hegemônica, e, desta forma, a utilização de gírias desencadeia o “*pré*-conceito” em relação ao sujeito e determinada camada social. Considerando que a linguagem também estrutura o sujeito, consequentemente, é a expressão formal do elemento na ordem social - este é um ponto essencial para o sistema de relações: *não* é possível a universalização de sujeitos se o paradigma de compreensão do indivíduo está calcado em processos culturais excludentes, onde poucos (*nem todos*) possuem o direito à educação e/ou comunicação.

Arquitetando resoluções ideológicas para a formação de um corpo social universal, a expressão e a linguagem devem(rão) ser utilizadas na criação de lugares comuns – utilizados para reclamar os problemas dos seres humanos entre si, as dificuldades da vida social e a complexidade do sistema. Herrera Flores (2009) apresenta a “pluralidade de formas de vida, a multiplicidade de formas de enfocar a existência e a produção cultural, também, a criação de meios multiformes de enfocar e levar a cabo a comunicação entre essas plurais e diferenciadas formas de vida e de reação cultural”. Desta forma, o reconhecimento do Outro, do plural, do diverso, impõe a solução de disparidades existentes no sistema do controle social. Ou seja, subjaz à construção de pontes entre estes diferentes tipos de linguagem - cuja função é, ou *deveria ser*, o extermínio da diferenciação. Aqui, olvida guarida também o interesse social. Preceitua o autor sobre a representação da ordem política: “que normaliza, legitima e legaliza posições prévias de desigualdade” (HERRERA FLORES, 2009, p. 25), características indispensáveis na *criação* do inimigo - como uma estratégia de exclusão ao outro, ao diferente. A realidade pragmática e isenta de formalidades apresentada no documentário brevemente delineado caracteriza a homogeneidade do discurso político criminal.

Outrossim, a linguagem simbólica e abstrata referente ao outro é semelhante ao mito – entre o divino e o pecado – é um produto criado pelos mecanismos de controle para contradizer a capacidade humana de "contribuir" para o bem estar social. Neste diálogo, o outro é lançado na *condição forçada de estranheza*. É a voz que não merece ser ouvida, a vida que não merece ser vivida, a morte que não merece ser chorada. A função do controle social é impulsionar a exclusão do outro. Para Bauman (1999), é aquele que deverá ser guardado e cultivado "pelas fronteiras espaciais estritamente vigiadas, mantido a distância e impedido de ter um acesso comunicativo regulador ou esporádico - é além disso, mantido na categoria de estranho, efetivamente despojado da singularidade individual".

A estereotipagem desta política seletiva traduz a concentração da repressão penal a partir da lógica atuarial. Neste ponto, Dieter (2012) ressalta a obscuridade desta lógica: "não é outra coisa que a única opção racional diante da impossibilidade de descobrir, processar, julgar e executar pena para todos os autores e partícipes de crimes".

> Na medida em que rechaça a revolução paradigmática produzida pelo "labeling approach" e, ainda que de forma atenuada, supõe a ontologia do crime e do criminoso como realidades pré-existentes aos processos interacionistas que lhes atribuem tais rótulos, incorpora equivocadamente os estigmas que determinam a criminalização como fatores criminogênicos. (DIETER, 2012, p. 244)

Nesta esfera, define-se <u>a disciplina da sociedade</u> - em contraposição a disciplina da ordem, em que revela-se o criminoso como o outro, o estranho, o diverso. A lógica de organizar o mundo impõe denominação a estes de forma par-

ticular, como delineado pela análise crítica. O documentário caracteriza os aspectos da prisão nos moldes examinados por Foucault (1979), relacionando às grandes transformações e aos reajustes institucionais "que implicaram a mudança de regime político, a maneira pela qual as delegações de poder no ápice do sistema estatal foram modificadas". Bem como na perspectiva da mecânica do poder, no ponto em que "o poder encontra o nível dos indivíduos, atinge seus corpos, vem se inserir em seus gestos, suas atitudes, seus discursos, sua aprendizagem, sua vida quotidiana".

Sobretudo, os discursos transcendem a retidão da sociedade colonizadora. Ainda que existam outras culturas – e estas pauperizadas pela política de extermínio ao inimigo -, estão amplamente "marcadas" através das imperfeições sociais (também associadas às coisas que *contra*dizem a natureza da moral). Vinculando o exposto ao posicionamento de Wermuth e Assis (2011), assinala-se que "enormes contingentes humanos tornaram-se, de uma hora para outra, absolutamente disfuncionais para o sistema produtivo" - considerando que há classes de determinados indivíduos sem qualificação necessária para operar novas tecnologias, ou, porque sua força de trabalho tornou-se de fato absolutamente desnecessária. Para estes contingentes populacionais, os autores entendem que "só resta à segregação, tanto pela via da marginalização social e espacial quanto por meio do encarceramento em massa e da eliminação pura e simples a partir da intervenção violenta do sistema punitivo".

Uma vez que a política criminal foi instaurada para o maior êxito do *Estado de bem estar social* (?!), fica clara a diferenciação entre os "bons cidadãos" e os "maus cidadãos". Neste sentido, a sociedade encontra no Direito Penal a *garra* para exterminar o mal que a assola: "se um cidadão atua fora do quadro jurídico estabelecido e aceite pela comunidade" - a cujo pacto

todos os homens aderem sob regra da prevalência da vontade da maioria - violando o contrato social, e, depois de ser advertido com uma pena ou de saber que há condutas inadmissíveis e inaceitáveis na ordem jurídica por serem aniquiladoras da harmonia vivencial, esse cidadão não pode nem deve ser tratado como um cidadão, mas como um inimigo da comunidade (VALENTE, 2010, p. 16). O sintagma *homo sacer* nomeia algo como a relação política ou originária – a sacralidade é a forma originária de implicação da vida nua na ordem jurídico-política. No contexto, Agamben (2002) sobreleva a insacrificável matabilidade do homo sacer, "onde sacer significa uma vida matável", no sentido contraditório daquilo que é sacro.

A partir dessa análise, pode-se aferir que, além do caráter de exclusão, o direito penal constitui a gestão da vida social, ao regular e controlar determinados - *ou* todos - os atos da vida humana em sociedade. Convém destacar ainda, que esta classificação é uma das características essenciais da biopolítica moderna: a necessidade de "redefinir continuamente, na vida, o limiar que articula e separa aquilo que está dentro daquilo que está fora. Uma vez que a impolítica vida natural, convertida em fundamento da soberania, ultrapassa os muros do oicos e penetra sempre mais profundamente na cidade" (Agamben, 2002).

Relacionando o exposto às cenas do documentário, a nudez de Agamben (2002) refere-se ao tornar-se inimigo - o inimigo construído socialmente, no qual o próprio indivíduo será automaticamente excluído do grupo social por ser determinado como o *homo sacer*, recebendo uma carga de estereótipos e estigmatizado – diante deste quadro, será dificultada sua (re)inserção na vida em sociedade – ou seja: ele é o inimigo. Ao longo do estudo percebe-se que o conceito de "vida sem valor" refere-se aos indivíduos *considerados* "incuravelmente perdidos", que deverão ser excluídos socialmente pela

(pré)disposição da política criminal permanente, posteriormente exterminados, para a limpeza e sacralidade dos corpos preceptores da ordem social.

CONCLUSÃO

Diante do acima exposto, apresentado inicialmente os elementos que se afiguraram centrais para o entendimento do documentário sob análise, bem como, tendo sido lançados diversos olhares sob diferenciadas perspectivas a partir das problemáticas e circunstâncias exsurgidas do contexto dos "meninos do tráfico" é possível concluir que, decorrida mais de década da gravação, a atualidade e a gravidade das questões impressionam. Estando sem visibilidade social, destituído do seu papel de Outro, de sujeito, de cidadão, sem acesso à condições mínimas a garantir sua condição humana, não possuindo o perfil requisitado pelo sistema econômico, bem como o perfil para adentrar à cena social e ao mercado de trabalho, o ingresso pela porta da criminalidade parece ser a única saída viável e acessível. Em locais onde o Estado não chega (a tempo ou não chega de forma suficiente/eficiente), seja para fins de auxiliar no desenvolvimento do cidadão (em suas diversas matizes, a partir da emancipação) seja para promover segurança, acesso à condições mínimas, estabilização das relações e proteção de bens jurídicos (seja pela via da regulação), a construção de um direito não oficial e da ressignificação de toda uma ordem simbólica própria e peculiar para dar conta de tais carências e para fins de aplainar tais dificuldades parece ser o caminho. Sob outra perspectiva, a dissimulação de discursos de poder excludentes e estigmatizantes prevalecentes, o emprego da violência institucionalizada e a forma muitas vezes errônea com que se dispensa tratamento a indivíduos e grupos sociais em condições de

vulnerabilidade acaba por atribuir ao próprio Estado e suas instituições o papel de fomentador desta(s) problemática(s).

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua.** Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção.** Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Editora Bomtempo, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica do controle da violência a violência do controle penal.** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BAUMANN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução por Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Tradução por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

DIETER, Maurício Stegeman. **Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história.** Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2012.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **El Garantismo y la Filosofia Del Derecho**. Tradução de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada

e Jose Manuel Díaz Martín. Universidade Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso.** São Paulo: Edição Loyola, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões.** 38° ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1997.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

JUNG, G. Carl. **O Homem e seus Símbolos.** Tradução Maria Lúcia Pinho, digital. Editora Nova Fronteira, 6ª edição, 2010.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **Introdução crítica à criminologia brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 82.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Piaget, 1999.

SANTOS, Boaventura De Sousa. **Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada**. Disponível em < http://www.geocities.ws/b3centaurus/livros/s/boavpassar.pdf > acesso em 20 mai 2017

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso.** Coimbra: Almedina, 2010.

WERMUTH. Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito Penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ASSIS, Luana Rambo. **O controle sócio penal e a produção da vida nua no sistema carcerário brasileiro: o viés biopolítico da seletividade e da imposição do medo do direito penal no Brasil.** Artigo Científica Internacional – InterScience Place - Nº 2, volume 11, artigo nº 10, Abril/Junho 2016.

O DISCURSO DE ÓDIO PROPAGADO PELA MÍDIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA ATUAL SITUAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

Fernanda Paula Sousa Cruz
Manoela de Paula Baldo

INTRODUÇÃO

Em tempos estranhos como estes que estamos vivendo é que surgiu a necessidade de discorrer sobre o assunto: sociedade com nervos à flor da pele, opinando enfaticamente sobre os rumos do país a partir da interpretação coletiva, não necessariamente consensual dos rumos das penitenciárias brasileiras e de um processo criminal, ceifando, em sua maioria, o direito penal.

A mentalidade inquisitorial e autoritária está cada vez mais presente entre os indivíduos, com o emprego constante da violência por parte de alguns agentes do Estado, responsável por disseminar manifestações de ódio em diversos campos. Um espaço cada vez mais propício à incidência de práticas autoritárias, com pensamentos únicos e espetacularização do drama criminal.

Embora a crueldade das execuções tenha despertado atenção mundial para o drama penitenciário brasileiro, o episódio ocorrido não foi exatamente uma exceção.

O direito penal precisa urgentemente dialogar com o mundo, abandonando crenças infundadas e comprometendo-se com a única missão que pode cumprir com eficácia empiricamente verificável: a contenção da torrente do poder punitivo.

1. DISCURSO DE ÓDIO E O SISTEMA PENAL

Surge a hipótese de que propagações, por parte da mídia, de discursos de exceção, próprios do direito penal do inimigo, seriam reiterados por parte de agentes estatais responsáveis pela implementação de políticas criminais.

Diante deste quadro a mídia seria uma agência do sistema penal, que atua previamente às agencias legislativas, executivas e judiciárias. Procurar-se-á identificar como se dão os mecanismos de produção de um discurso único, propagado pelos *mass media* e legitimado por parlamentares, representantes do executivo e membros do judiciário. [16]

Ao analisarmos o enfoque da mídia sobre a tragédia ocorrida no mês de janeiro, é relevante destacar a atribuições de responsabilidade, escapistas, nas mãos unicamente dos próprios detentos.

As autoridades, salvo as honrosas exceções, por sua vez, sempre procuram atribuir a responsabilidade pelas rebeliões e pelas mortes ocorridas nas penitenciárias brasileiras aos próprios presos. A sociedade, cada vez mais intolerante e influenciada, exalta o número de mortos e brada que "bandido bom é bandido morto".

A superlotação já é considerada "normal", enquanto isso, o STF mitiga a presunção de inocência e juízes continuam a decretar prisões preventivas a rodo, a negar sua substituição

---

16. (https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/20/publicacoes/REVISTA.2012.virtual.pdf) ACESSO 09.03.2017.

por outras medidas cautelares e, alguns, querem até mesmo o fim da salutar audiência de custódia.

Em edição do Jornal Nacional emitido e 06.01.2017, o jornal abordou uma longa narrativa a respeito do assunto. Disseminando o medo e a insegurança na população: “nas ruas de Manaus, a sensação é de insegurança: 117 presos que fugiram no começo da semana ainda estão foragidos e o número de crimes violentos aumentou. Doze pessoas foram assassinadas entre a madrugada de quarta e sexta-feira”. [17]

Na edição emitida pelo site de notícias UOL, em 14.01, o destaque da notícia foi o “domínio das facções criminosas” e “obras inacabadas por conta das depredações dos presos”, expressões essas ressaltadas e grifadas pelo corpo do texto:

“Os 16 presídios que foram depredados **continuam em obras inacabáveis por conta da constante depredação dos presos**. O Estado já gastou R$ 7,3 milhões dos R$ 15 **orçados para recuperação das unidades prisionais**. As reformas deveriam ser concluídas até outubro do ano passado”. [18]

As reverberações do discurso único escapista da situação carcerária brasileira do qual se utilizam os meios de comunicação de massa podem ser percebidas em discursos de membros de outras agências do sistema penal.

O secretário de Segurança Pública, Sérgio Fontes, afirmou que a chacina é resultado da rivalidade entre duas organizações criminosas que disputam o controle de atividades ilícitas na região amazônica. Ainda de acordo com o secretário, o Estado, sozinho, não tem condições de controlar uma situação como essa.

Deixou, contudo, de veicular que isso já vem acontecendo há muito tempo. O surgimento das facções acontece dentro

---

17. http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/video-mostra-movimentacao-dos-presos-durante-rebeliao-em-manaus.html. Acesso: 09.03.2017

18. https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/14/rebeliao-em-presidio-vizinho-a-natal-tem-mortes.htm. Acesso em 09.03.2017

das próprias prisões. Mas por que ele é tão funcional? Respondeu, Marcos Bretas, especialista do Instituto de história da UFRJ: “porque o estado joga as pessoas ali dentro e deixa essas pessoas de qualquer jeito. O que acaba fazendo com que esses grupos proliferem. Acabar com isso é investir numa prisão com melhor qualidade de tratamento, e isso inclui investimento em estrutura. O que é de novo complicado”.[19]

O presidente Michel Temer, tem ressaltado que, neste momento, “um dos focos do governo federal é a construção de novos presídios. Com o R$ 1,2 bilhão do Funpen (Fundo Penitenciário) liberado em dezembro passado, o governo exigiu a construção de ao menos um presídio nos 25 Estados que contribuem com o fundo, o que não é o caso de Bahia e Ceará”.

“Após a nova onda de rebeliões e matanças em penitenciárias, o Planalto definiu que serão construídos mais cinco presídios federais, um em cada região do país. Deles, por enquanto, só foi anunciado o local de um deles: o Rio Grande do Sul. Segundo Moraes, por questão de logística, eles serão construídos em regiões metropolitanas e próximos a aeroportos”.[20]

Tal alternativa escapista, novamente, restou falha. Criar mais prisões só vai fazer com que aumente o número de vagas para continuar punindo mais gente. Nesse sentido, advertiu, o especialista, Marcos Bretas, do Instituto de história da UFRJ que:

“É preciso encontrar uma alternativa que a sociedade brasileira pode aceitar. Como outras formas de pena, por exemplo. Mas para isso, é preciso pensar numa estrutura para punir aqueles que não serão mandados para prisão. (...)Sem isso a gente não vai andar. A gente vai viver de massacre em massacre”.[21]

19. http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/01/02/sistema-penitenciario-do-brasil-vai-viver-de-massacre-em-massacre-alerta-especialista/. Acesso em 09.03.2017

20. https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/17/construir-presidios-nao-resolve-o-problema-diz-secretario-de-seguranca-do-am.htm. Acesso: 09.03.2017

21. http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/01/02/sistema-penitenciario-do-brasil-

Deputados querem, ainda, leis mais rigorosas: a proposta original do deputado Delegado Edson Moreira, do PR mineiro, recebeu um texto alternativo (substitutivo) do relator, deputado Silas Freire, do PR do Piauí, que altera a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984).

Entre as faltas disciplinares de presos consideradas gravíssimas, Freire incluiu os atos de rebelião e de fuga, além de crimes dolosos cometidos dentro e fora dos presídios. Nestes casos, os presos poderão perder benefícios como indulto, comutação de penas e saída temporária, entre outros. Também deverão retornar ao cumprimento do tempo restante nas condições iniciais da pena privativa de liberdade. Até mesmo o livramento condicional poderá ser revogado se o liberado cometer, durante a vigência do benefício, crime doloso sujeito a pena de reclusão.

Silas Freire também propôs uma alteração na Lei Antidrogas (Lei 11.343/2006): "Com o intuito de prevenir o uso e o tráfico de drogas no interior dos estabelecimentos penais, incluímos artigo para o efeito de considerar falta disciplinar grave a posse ilícita de drogas por condenado a qualquer espécie de pena aplicável ao preso provisório".[22]

Para o Delegado Edson Moreira, é importante que sejam cumpridas as regras estabelecidas e, em caso de falta, ele perca todos os direitos de regalia que tem na legislação. "A legislação brasileira já é muito benéfica, principalmente com os criminosos contumazes, que repetem crimes indistintamente". [23]

Entretanto, embora a crueldade das execuções tenha despertado atenção mundial para o drama penitenciário brasileiro,

---

-vai-viver-de-massacre-em-massacre-alerta-especialista/. Acesso 09.03

22. http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/522163-DEPUTADOS-QUEREM-LEIS-MAIS-RIGOROSAS-PARA-PREVENIR-REBELIOES-EM-PRESIDIOS.html. Acesso: 09.03

23. http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/522163-DEPUTADOS-QUEREM-LEIS-MAIS-RIGOROSAS-PARA-PREVENIR-REBELIOES-EM-PRESIDIOS.html. Acesso: 09.03.2017

o episódio ocorrido não foi exatamente uma exceção. Por todos os recantos do país são cometidas violências a atrocidades inimagináveis para instituições que são administradas pelo Estado, demonstrando que o poder punitivo ainda impera de forma irrestrita, sem que a normatividade voltada para a redução dos danos encontre qualquer condição de permeabilidade.[24]

Por outro lado, é importante referir que o espaço potestativo de discricionariedade que existe entre a previsão legal e a realidade concreta permite a prática de inúmeros abusos, muitas vezes festejados e comemorados por uma população que aplaude a barbárie, sem perceber que o realmente está em jogo.[25]

Todos os que atuam no Sistema de Justiça Criminal têm alguma responsabilidade pelo caos penitenciário. O Estado brasileiro há muito se omite no cumprimento de suas atribuições constitucionais e legais atinentes aos presídios.

No final de 2013, a CIDH da Organização dos Estados Americanos (OEA), reconheceu a precariedade das condições do Presídio Central de Porto Alegre, um dos exemplos mais pronunciado da condição de degradação humana a que são expostos os detentos no Brasil, e concedeu liminar obrigando o Estado brasileiro a adotar medidas que ao menos amenizem a condição de flagrante violação de direitos humanos que caracteriza a referida instituição.

Em 2017, um mês depois do maior massacre nos presídios brasileiros desde a invasão da Casa de Detenção do Carandiru, em 1992, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, vinculada à OEA (Organização dos Estados Americanos), emitiu resolução inédita aglutinando quatro casos que já são acompanhados pelo tribunal através de medidas provisórias: complexo

---

24. K451d Khaled Junior, Salah H. Discurso de ódio e sistema penal. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito: Letramento, 2016. Pagina 57.

25. K451d Khaled Junior, Salah H. Discurso de ódio e sistema penal. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito: Letramento, 2016. Pagina 58.

do Curado, em Pernambuco, complexo de Pedrinhas, no Maranhão, Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro, e Unidade de Internação Socioeducativa no Espírito Santo.

Está claro que não podemos falar em crise do sistema prisional, mas em falência crônica – e a decisão da OEA de criar esse 'supercaso' respalda e reforça esse entendimento.

Para a coordenadora da área de violência institucional e segurança pública da ONG Justiça Global, a psicóloga Isabel Lima, o reconhecimento da Corte de que há um problema estrutural representa uma vitória dos que buscam a garantia dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade no Brasil.

"Essa é uma decisão inédita e histórica, porque aponta para o reconhecimento de um problema que é estrutural no Brasil, que fala da incapacidade do Estado brasileiro de garantir condições dignas e reconhece que as condições são desumanas, degradantes e cruéis de maneira geral", afirmou Isabel. [26]

Ainda, de acordo com Isabel Lima, as rebeliões que ocorreram em presídios do norte e nordeste do Brasil no início do ano podem ter reforçado as decisões da Corte, mas pesou ainda o histórico de descumprimento das determinações anteriores do organismo.

Considerando as condições do sistema penitenciário brasileiro, essas críticas adquirem um significado ainda maior. Precisamos romper com a ilusão do correcionalismo projetado pela LEP e reconduzir o problema da pena ao universo constitucional, abrindo mão dos horizontes justificacionistas conducentes à celebração do ódio nas práticas punitivas.[27]

O direito penal precisa urgentemente dialogar com o mundo, abandonando crenças infundadas e comprometendo-se

---

26. Fonte: Último Segundo - iG @ http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2017-03-01/oea-sistema-prisional.html. Acesso 09.03.2017

27. K451d Khaled Junior, Salah H. Discurso de ódio e sistema penal. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito: Letramento, 2016. Pagina 71

com a única missão que pode cumprir com eficácia empiricamente verificável: a contenção da torrente do poder punitivo.[28]

2. A QUESTÃO DA SUPERLOTAÇÃO DAS PENITENCIÁRIAS ESPALHADAS PELO BRASIL

"A questão penitenciária do Brasil é grave. Sua solução extremamente complexa. E o ponto de partida é a compreensão de que, enquanto persistirem as causas geradoras da criminalidade violenta, enquanto não se reformular o sistema penal brasileiro – destinando-se os presídios somente aos efetivamente perigosos -, nenhum Governo conseguirá equilibrar o sistema penitenciário. A solução está, assim, integrada à reorganização do Estado, ao estabelecimento de políticas públicas eficientes e justas, com vistas ao bem-estar de toda a sociedade"[29] – palavras ditas há cerca de duas décadas atrás pelo então ministro da justiça Maurício Corrêa.

Parece que o problema não é de hoje, ou que o então Ministro já sabia o que esperar daquilo que estava fadado a ocorrer anos depois no sistema carcerário brasileiro.

Desde então, o país só teve aumento da população carcerária, bem acima do crescimento populacional de habitantes, o que não condiz com o que seria natural de qualquer nação e por isso, é bastante preocupante. Fato é que, consequência disso são os momentos de terror que os cidadãos brasileiros viveram no início de 2017, decorrentes das rebeliões nos presídios mais populosos nacionais.

Importante falar neste ponto sobre a cultura do encarceramento, há tempos que a prisão ainda é a forma mais usada

---

28. K451d Khaled Junior, Salah H. Discurso de ódio e sistema penal. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito: Letramento, 2016. Pagina 72

29. http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-crise2/ Acesso 12.03.2017

de punição àqueles que não se coadunam com os preceitos estipulados pela sociedade. Sendo assim, esses são estereotipados pelo sistema e encarcerados por ele.

"A cultura do encarceramento é responsável pelo substancioso aumento da população carcerária – superpopulação prisional – que se materializa através da criação de novos tipos penais, cerceamento de direitos e garantias, prisão como primeira opção, etc."[30]

Percebe-se claramente que o estado passa a criar formas de punir, com o intuito de que a sociedade não sinta a impunidade, ao invés de criar formas de diminuir a criminalidade, estigmatizando aqueles que se pretende ver afastados da sociedade e sempre elaborando espécies normativas que de uma forma ou de outra abarca os mais desfavorecidos e trará à sociedade a sensação de dever cumprido.

O próprio Ministro do STF, Ricardo Lewandowski se pronunciou em 2015, em meio a uma rebelião ocorrida em presídio pernambucano, afirmando que a "cultura do encarceramento" seria um dos maiores problemas do judiciário.[31]

"O País ficou viciado em prender e faz pouco caso de outras soluções, talvez mais produtivas e inteligentes, situação que já causa desconforto em autoridades. Entre delegacias e presídios, os cárceres brasileiros amontoavam 581 mil detentos em dezembro de 2013, último dado oficial disponível. Segundo estimativas extraoficiais, no fim de 2014 esse total já havia ultrapassado os 600 mil, entre condenados e réus à espera de julgamento. É a quarta maior população prisional do planeta, atrás de Estados Unidos, China e Rússia. E cresce em ritmo alucinante. De 1995 a 2010, subiu 136%, porcentual

30. http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-crise2/ Acesso 12.03.2017

31. https://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html Acesso 13.03.2017

abaixo apenas daquele registrado na Indonésia (145%). No ritmo atual, o Brasil chegará ao bicentenário de sua independência com 1 milhão de reclusos."[32]

Esses são dados atualizados que comprovam que o aumento da população carcerária não diminui a criminalidade, pelo contrário, o que se percebe é que apenas superlota as cadeias, sem que o real propósito do encarceramento, que seria a diminuição dos delitos, não se consolida.

Voltando a falar sobre os escândalos midiáticos, sabe-se que grandes leis, como a Lei dos Crimes Hediondos somente foram criadas devido à casos de grande repercussão, pilotados pela mídia, e que hoje tem como consequência a superlotação dos presídios. Esta Lei, por exemplo, inicialmente previa que condenados em seus termos deveriam cumprir o regime integralmente fechado, sendo modificada em 2006, quando o STF declarou o artigo que vedava a progressão de regime inconstitucional.

É claro nesse exemplo a sede do Estado em punir o criminoso, e não o crime, o que acaba diretamente contribuindo para a superlotação do cárcere. Saindo da esfera subjetiva, que exala a inconstitucionalidade por ser simplesmente desumano, impor regime integralmente fechado à determinados delitos gera a consequência de o preso permanecer mais tempo na penitenciária, sendo impedido de se ressocializar e sua vaga permanece por mais tempo preenchida.

2.1. MAIORES MOTIVOS DE PRISÕES: FURTO, ROUBO, TRÁFICO E PREVENTIVAS

"Segundo o Infopen, o crime que mais leva pessoas para cadeia é o tráfico de drogas. 28% dos brasileiros estão no cárcere em razão da lei de drogas, seguido de acusados ou condenados por roubo (25%) e furto (13%). "[33]

---

32. https://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html. Acesso 13.03.2017

33. http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitencia-

O que se percebe é que a forma como o país vêm encarcerando é malfeita, ao passo que as prisões estão lotadas por crimes não violentos, principalmente o tráfico de drogas: ela é categoria apontada como a principal responsável pelo aumento exponencial das taxas de encarceramento no país e que compõe o maior número de pessoas presas.[34]

"A lei em vigor, de 2006, foi um dos principais combustíveis do abarrotamento das cadeias. Desde sua edição, somaram 100 mil as prisões por tráfico." [35]

É fato que, no quesito lei de drogas, o usuário de drogas é constantemente confundido com o traficante. A simples posse ainda é criminalizada, no entanto, não punida com reclusão, mas o tráfico sim. O que continua levando à grande maioria dos delegados, primeiramente, e juízes, em um segundo momento, a deixarem que a linha que separa o usuário do traficante seja decidida caso à caso, de acordo com a opinião daquele que "julga", e isso tem levado incisivamente a que a maior parte venha a ser imputada pelo tráfico, não pelo uso.

Tem-se que, novamente, trazer à tona o papel da mídia nesse encarceramento em massa, essa confusão que ocorre entre o usuário e traficante se dá, em grande parte, ao temor que a mídia passa ao telespectador e cidadão, que se vê diante de programas sensacionalistas que mistificam o usuário, condenando-o pelo vício e taxando-o como criminoso. Nesse clima, o legislador se vê obrigado a punir, de forma que a sociedade se sinta segura.

Outro grande problema do encarceramento em massa é a prisão provisória. Devido aos últimos acontecimentos de massacres em penitenciárias, passou a dar-se atenção princi-

---

rio-propostas-efetivas-para-reverter-crise2/. Acesso 12.03.2017

34. http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-crise2/ Acesso 12.03.2017

35. https://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html Acesso 13.03.2017

palmente a eles, que representam parte significativa da população carcerária nacional.

Sabe-se que atualmente os presos provisórios representam cerca de 250 mil pessoas, ou seja, 35% da população carcerária total. Esse número, de acordo com o CNJ seria exatamente a quantidade que excede os limites das penitenciárias. Sendo assim, é explícita a necessidade de se rever a prisão preventiva no país, seja pela mudança da mentalidade do judiciário, seja por incluir mudanças na legislação acerca desse assunto.

Desde a implantação da Lei 12.403/11 que trata da prisão preventiva e outras medidas cautelares, passou-se a prever outras medidas para que o acusado não necessariamente cumpra o trâmite processual em regime fechado, dentre elas a prisão domiciliar e a proibição de frequentar determinados lugares.

Com isso, passou-se a entender que a preventiva só pode ser decretada quando não é cabível nenhuma das outras medidas, passando a ser a *ultima ratio* entre as cautelares.[36]

Entretanto, mesmo com o advindo da Lei, essas implantações ocorreram muito pouco, e a justificativa para isso é nossa política do encarceramento ou a cultura punitivista, que não permite que juízes e tribunais imponham essas medidas cautelares com medo de que não se puna efetivamente o criminoso, acreditando que a única forma de sanção efetiva é a reclusão.[37]

O Código de Processo Penal prevê em seu artigo 312 os requisitos da prisão preventiva, sendo: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, além disso, só pode ser decretada quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

36. http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-crise2/ Acesso 12.03.2017

37. http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-crise2/ Acesso 12.03.2017

Ocorre que a maioria das autoridades policiais representam pela necessidade da prisão preventiva e o magistrado, devido ao grande volume de processos, deixa de analisar minimamente caso a caso e acaba decretando essa preventiva sem sequer fundamentá-la, apenas pela simples representação do delegado que é, de fato, autoridade totalmente parcial dentro de uma ação penal.

Chega então o momento em que o indiciado entra no cárcere e ali aguarda seu julgamento. Atualmente, devido à demora no andamento dos processos, ante à sobrecarga do judiciário, os presos ficam em cárcere aguardando julgamento por mais tempo que ficariam em regime fechado se condenados, já podendo progredir de regime para o semiaberto e por vezes, ficam por tanto tempo que quando julgados, já podem ir diretamente para o regime aberto, o que caracteriza o cumprimento da pena antecipadamente.

É fato que a forma como o instituto da prisão preventiva tem sido utilizada pelo ordenamento jurídico precisa ser revista com urgência, o tempo de encarceramento provisório sem condenação precisa ser tabelado e a dilação de prazo por reiteradas vezes sem fundamentação, tão somente pela mora do judiciário, não pode ser justificativa, pois fere princípios constitucionais.

2.2 A PRISÃO EM FLAGRANTE

Necessário citar nessa altura o tão discriminado flagrante forjado. Por constantes vezes ele ocorre e os tribunais têm fechado seus olhos para as ocorrências, em processos onde não há outras testemunhas que discutam o que é dado em depoimento pelos policiais e só prevalece a palavra deles contra a dos acusados, o réu acaba condenado tão somente pela palavra do policial que o autuou em flagrante.

“O kit flagrante é mais um caso que levanta a discussão acerca do nosso sistema de justiça, racismo estrutural e do

poder da palavra do policial, em um momento em que a crise e perversidade do nosso sistema carcerário se escancara."[38]

Não se discute aqui a conduta da polícia, no entanto de uma investigação mais apurada anterior à prisão, para que a condenação não seja tão somente pautada nesses depoimentos e principalmente, que o magistrado se utilize mais do princípio do *in dubio pro reo* e na dúvida absolva o acusado.

O que se nota é que a maioria dos policiais, principalmente nas situações retratadas acima, de roubos, furtos e tráfico, ao enxergar a pessoa em situação mais carente e que frequenta ambientes sociais onde ele lida frequentemente com a violência e principalmente reincidentes, opta por incriminá-lo, usando-se do flagrante forjado.

Mas esse fato somente se consolida pelo martelo dado pelo juiz que condena baseado em confissões informais ou legitima busca domiciliar sem mandado, visto que a droga foi encontrada no local. É nesse ponto que a ação deve ser barrada, pois só quando membros do judiciário passarem a formar sua livre convicção, sem privilegiar a palavra dos policiais, é que o flagrante forjado será revelado e o cárcere melhorado.

2.3 O AUMENTO DA POPULAÇÃO PENITENCIÁRIA NÃO DIMINUI A CRIMINALIDADE

Já está mais que provado que a forma como o país vem encarcerando não diminui a criminalidade. Prender não faz com o que o crime acabe, prisões não reeducam a população e apenas proliferam criminosos, que se unem a facções ou quando saem não conseguem se ressocializar e acabam voltando para o mundo do crime.

38. http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/03/kit-flagrante-de-pms-sao-legitimados-pelo-nosso-sistema-de-justica/ Acesso 12.03.2017

Neste sentido, bem afirmam Tiago Joffily e Airton Gomes Braga: *"O problema é que a imaginada correlação entre encarceramento, de um lado, e redução da criminalidade, de outro, nunca foi demonstrada empiricamente. Ao contrário, as mais recentes e abrangentes pesquisas empíricas realizadas sobre o tema apontam para a inexistência de qualquer correlação direta entre esses dois fenômenos, havendo praticamente consenso entre os estudiosos, hoje, de que o aumento das taxas de encarceramento pouco ou nada contribui para a redução dos índices de criminalidade."*[39]

O que se extrai da realidade carcerária do país é que o sistema punitivo, na verdade, teria se tornado uma crescente produção de criminalidade e em nenhum momento traz a tão esperada paz social que a população almeja. O sistema penal atual, só contribui para que aquele que se insere saia dele mais criminoso, é a verdadeira escola do crime.

No entanto, vê-se que há resistência contínua dos órgãos da justiça criminal, que ainda insistem em não aceitar as novas medidas diversas da prisão. Eles acreditam que elas acarretam a sensação de impunidade e que a única forma de solucionar o problema é privar os indivíduos de sua liberdade.

As mais recentes e relevantes pesquisas realizadas sobre o tema da correlação entre o encarceramento e redução da criminalidade, apontam para a inexistência dessa correlação entre elas. Além disso, há consenso entre os estudiosos da área de que o aumento da população carcerária contribui pouco ou em nada para a redução das taxas de criminalidade. [40]

Como caso exemplificativo temos o estado do Rio de Janeiro. Em 13 anos a população carcerária fluminense aumen-

39. http://emporiododireito.com.br/alerta-aos-punitivistas-de-boa-fe-nao-se-reduz/ Acesso 05.04.2017

40. http://emporiododireito.com.br/alerta-aos-punitivistas-de-boa-fe-nao-se-reduz/ Acesso 05.04.2017

tou em cerca de 109,8%. Ao mesmo tempo, o saldo com relação aos índices de criminalidade claramente não foi positivo, fato é que ela se manteve com relação a alguns crimes e teve significativo aumento com relação a outros, não contribuindo em nenhum caso concreto para sua diminuição.[41]

2.4 SOLUÇÕES DE MELHORIA

Após contextualizar tudo isso, quais seriam potenciais soluções para a superlotação das cadeias? Para o aumento da população carcerária? Para a sensação de impunidade da população? Para o aumento na criminalidade?

É certo que não existe solução mágica para todos os problemas da justiça criminal. Destarte, é preciso fazer minimamente o possível para que a melhoria no cárcere contribua para que o preso se regenere no local e não que saia de lá um criminoso pior, ou mesmo que, a privação da liberdade, seja melhor usada, que seja somente em casos de necessária prisão e não somente como uma mera solução da cultura punitivista.

Em meio à explosão de rebeliões nos presídios no início de 2017, falou-se muito em construção de novos presídios para abrigar os presos, entretanto, o dinheiro empregado para a construção deles, poderia servir para investimentos sociais.

O investimento em educação e políticas públicas de prevenção ao crime podem ter contribuição para a redução dessa criminalidade bem mais significativa e com potencialidade de solução do que qualquer construção de presídio com o intuito principal, não de diminuir a lotação das cadeias, mas sim de encarcerar mais.

Outra saída para o enorme problema do cárcere, seria a descriminalização do uso de drogas e a regulamentação delas.

---

41. http://emporiododireito.com.br/alerta-aos-punitivistas-de-boa-fe-nao-se-reduz/ - ver gráficos o caso do estado do Rio de Janeiro Acesso 05.04.2017

Essa tese é apoiada inclusive pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes: "Se a gente for olhar, uma boa desse recrudescimento das prisões está associado ao tráfico de drogas. E aí vem aquela situação do usuário que também trafica para suprir o vício. E a Justiça não consegue distingui-lo."[42]

É bem provável que com a descriminalização, a guerra às drogas nas ruas, pela polícia, diminuiria. Afinal, o combate ao uso de entorpecentes deixaria de ser considerado uma questão de segurança, passando a ser questão de saúde pública, um controle que deixará de ser feito pela polícia militar.

Além disso, diminuindo a população de presos provisórios, se consegue também essa melhoria. Uma das formas de isso ocorrer, seria aplicar legislação acerca do período que o acusado fica no cárcere com maior rigor, deixando de dilatar os prazos, como ocorre com frequência nas comarcas regionais.

Ainda é necessário pensar na ressocialização do condenado, pois grande parte dos presos, ao terminar de cumprir a pena, volta a delinquir. Isso é devido à sociedade e ao governo ainda não possuírem a conscientização necessária para entender a necessidade que ele volte a integrar o meio social e que passe a ser reaceito, sem passar uma vida sendo punido por uma falha no percurso da vida.

Caso emblemático disso foi a tentativa do goleiro Bruno, condenado por homicídio doloso, de se inserir novamente na profissão de goleiro sendo contratado por um time. A mídia condenou bruscamente a conduta, manipulando toda a massa populacional, que fez críticas como se o acusado não pudesse mais ter uma profissão e trabalhar dignamente, tão somente pelo fato de ter cometido um crime em algum momento.

Outro caso em que a mídia propaga seu discurso de ódio com o intuito de punir o condenado para sempre é do atual

---

42. http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38492779 Acesso 04.04.2017

pastor Guilherme de Pádua, também condenado por homicídio doloso há mais de 20 anos atrás. Até hoje, se tem notícias dele denegrindo sua imagem: *"A cerimônia no civil aconteceu no dia 14 de março, e levantou várias questões. Entre elas o que levaria uma mulher a se casar com o ex-ator que foi condenado por matar Daniela Perez, em 1992."*[43]

Mas muito mais importante que as soluções citadas, está em uma necessidade absoluta da mudança de mentalidade nos órgãos da justiça criminal. Polícia, Ministério Público e Judiciário precisam se conscientizar de que a cultura do encarceramento precisa cessar para surgir uma nova cultura, que preze mais pela (re) educação e pelo crescimento do condenado, e não o contrário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta análise, se tornou claro que o país vive um caos no sistema penitenciário há tempos, sendo que a cada tentativa e medida imposta com o fim de resolver o problema, ele se torna pior e o crescimento da população carcerária parece não ter fim.

Concluiu-se que sem medidas efetivas diversas da prisão, não há como o Estado punir e ao mesmo tempo desaparecer a sensação de impunidade pela população. No entanto, percebe-se que é mais necessário que o governo invista em medidas sociais, como educação e políticas públicas de prevenção ao crime, assim a redução dessa criminalidade seria bem mais significativa e com potencialidade de solução do que qualquer investimento em construir novos presídios.

No entanto, na contramão do implemento dessas medidas e políticas sociais vem a mídia, que com um teor puramente de escandalizar a esfera criminal acaba por bloquear o pensamento da

43. http://extra.globo.com/famosos/guilherme-de-padua-se-casa-na-igreja-20-anos--apos-condenacao-por-assassinato-21336307.html#ixzz4h9x5IABl Acesso 13.03.2017

população acerca da ressocialização do condenado, impedindo que a punição se dissemine de outras formas que não o cárcere.

A consequência, ao final, é uma política de encarceramento em massa, superlotação das cadeias, guerra entre facções e impossibilidade de reinserção social, que gera desemprego e consequente reincidência. Ou seja, sem novas soluções a justiça criminal punitiva se torna um ciclo vicioso infinito, que gera consequências degradantes à todos, principalmente à população.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BBC. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38492779> Acesso 12.03.2017

Câmara legislativa. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/522163-DEPUTADOS-QUEREM-LEIS-MAIS-RIGOROSAS-PARA-PREVENIR-REBELIOES-EM-PRESIDIOS.html.> Acesso: 09.03.2017

Carta Capital. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-crise2/> Acesso em 10.03.2017

Carta Capital. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html> Acesso em 10.03.2017

Carta Capital. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/03/kit-flagrante-de-pms-sao-legitimados-pelo-nosso-sistema-de-justica/ Acesso em 10.03.2017

Empório do direito. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/alerta-aos-punitivistas-de-boa-fe-nao-se-reduz/> Acesso em 09.03/2017

Jb. Notícias. Disponível em: <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/01/02/sistema-penitenciario-do-brasil-vai-viver-de-massacre-em-massacre-alerta-especialista/> Acesso em 09.03.2017

Jornal Nacional. http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/video-mostra-movimentacao-dos-presos-durante-rebeliao-em-manaus.html. Acesso: 09.03.2017

K451d Khaled Junior, Salah H. **Discurso de ódio e sistema penal.** Belo Horizonte, MG: Casa do Direito: Letramento, 2016.

Revista da Defensoria Pública. <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/20/publicacoes/REVISTA.2012.virtual.pdf> ACESSO 09.03.2017.

Uol Notícias. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/14/rebeliao-em-presidio-vizinho-a-natal-tem-mortes.htm.> Acesso em 09.03.2017

Uol Notícias. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/17/construir-presidios-nao-resolve-o-problema-diz-secretario-de-seguranca-do-am.htm> . Acesso: 09.03.2017

Último Segundo - iG @ http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2017-03-01/oea-sistema-prisional.html. Acesso 09.03.2017

TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y GLOBALIZACIÓN

Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas

INTRODUCCIÓN

Las empresas y los reguladores de los mercados encuentran enormes incentivos para tratar de condicionar o influir en los agentes del sistema político (parlamentarios, altos funcionarios, responsables políticos): ver reforzada su posición en el mercado a través de decisiones en materia de fusión de empresas o reestructuración de sectores económicos o industriales; obtener ventajas competitivas de la mano de normas que distorsionen la formación de precios o el sistema de selección en la contratación; situarse en el centro de los nuevos regímenes de beneficios, ventajas o exenciones fiscales… (Johnston, 2005; Soreide, 2014). Estas dinámicas entroncan con lo que ha dado en denominarse "captura del Estado", definida por el Banco Mundial como "las acciones de los individuos, grupos o empresas, en los sectores público y privado, para influir en la formación de las leyes, reglamentos, decretos y otras políticas gubernamentales para su propio beneficio, como resultado de la atribución ilícita y no transparente de beneficios privados a funcionarios públicos".

Por otra parte, las dinámicas de liberalización, armonización y desregulación de los mercados han alterado los proce-

sos de toma de decisiones políticas y económicas en Europa, trayendo consigo modificaciones sustanciales en las funciones y responsabilidades de los actores involucrados y en sus estrategias competitivas. Es en este contexto en el que adquieren todo su significado fenómenos como el de las "puertas giratorias" -que siempre alimenta las sospechas de que el beneficiario hubiera visto comprometida su tarea de representación de los intereses públicos por sus expectativas profesionales en el sector privado- y, sobre todo, el lobbying, cuya deficiente regulación, a nivel nacional e internacional, es lugar común en todos los estudios e informes sobre corrupción pública (Harstad / Svensson, 2011; Brezis / Cariolle, 2014).

El principal objetivo de este trabajo es el de exponer y analizar las modalidades de tráfico de influencias contempladas en los instrumentos internacionales anti-corrupción: la Convención de Derecho penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción (CCE); la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), el único instrumento con vocación verdaderamente universal en esta material; la Convención de la Unión Africana sobre la Prevención y la Lucha contra la Corrupción (CUA); y el Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de Desarrollo Sudafricano (PCS). Al examinar la estructura y la literalidad de las correspondientes previsiones, así como las conductas típicas y sus posibles autores, podremos determinar qué prácticas (en particular de entre las asociadas al lobbying y a la llamada influencia política institucionalizada) pueden encontrar cobertura en ellas. Conviene precisar, por lo demás, que la extradición -mecanismo básico de cooperación internacional en el ámbito criminal- se fundamenta en el principio de identidad de los criterios de incriminación, y que, desde ese punto de vista, resulta sumamente relevante conocer cuáles son los modelos de criminalización

que se desprenden de las convenciones internacionales y su grado de compatibilidad y homogeneidad. Por último, examinar los aspectos clave de la regulación internacional del tráfico nos permitirá formular algunas propuestas y recomendaciones que pueden ser utilidad a la hora de implementarlo o de modificar, en su caso, su disciplina legal en los sistemas penales europeos. El trabajo se apoyará, tanto en la información contenida en los propios instrumentos, como en las conclusiones alcanzadas por la literatura especializada.

1. ESTRUCTURA Y ELEMENTOS DEL DELITO EN LAS CONVENCIONES ANTI-CORRUPCIÓN

1.1 MODALIDADES DE CONDUCTA

Los instrumentos analizados en este trabajo apenas muestran diferencias entre si a la hora de precisar las conductas típicas del tráfico de influencias. Su rasgo más sobresaliente es el de aludir a la existencia de una relación triangular de carácter corrupto, en la que un sujeto pone por delante su capacidad para interferir en el proceso que debe llevar a una autoridad o a un funcionario a adoptar una decisión (administrativa, judicial o política). Otro elemento común a las cuatro convenciones es que no requieren una forma personal de realización del delito, sancionando expresamente la tipicidad de las conductas llevadas a cabo por personas interpuestas. Estas últimas -que intervienen en nombre del autor estableciendo relaciones e interviniendo en las negociaciones con el comprador o recibiendo la dádiva- desempeñan un papel especialmente importante en el hecho, debiendo corresponderles, normalmente, la calificación de cooperadoras necesarias.

Las modalidades del tráfico activo son la promesa, el ofrecimiento o la dación -directa o indirectamente- de una ven-

taja a un intermediario, es decir, al sujeto que va a poner en práctica sus influencias. Las tres constituyen delitos de mera actividad, cuya consumación no requiere que haya comenzado a ejercerse la influencia, ni, mucho menos, que se haya logrado el beneficio buscado. A diferencia del ofrecimiento, que no presupone la existencia de ningún acuerdo o convenio ilícito, tanto la promesa como la dación sí implican un elemento quid pro quo: que se hayan convenido el ejercicio de la influencia y su retribución.

Con respecto al tráfico pasivo, la UNCAC, la CUA y el PCS lo asocian a las conductas de solicitar y aceptar una ventaja, a modo de contraprestación, por el abuso de la influencia, en tanto que la CCE contempla también la de recibir. La solicitud es un acto unilateral, a través del que el intermediario le da a conocer al cliente su disposición a utilizar, en beneficio de aquel, y a cambio de un precio, sus influencias. La aceptación y la recepción representan, en cambio, actos bilaterales, que implican un acuerdo (no necesariamente duradero o estable) entre las partes. Nos hallamos, de nuevo, ante delitos de mera actividad, cuya consumación sigue las mismas reglas que las modalidades activas del delito.

Ni la UNCAC, ni la CCE requieren que el precio de la compra-venta deba aprovecharle, exclusivamente, al sujeto que va a ejercer la influencia. Los términos "para cualesquiera otras personas", incluidos en ambas, indican claramente, por el contrario, que su beneficiario puede ser un miembro de su familia o un amigo, siempre y cuando el intermediario lo conozca y consienta. Si los beneficiarios conocían el origen ilícito de la ventaja, podrán responder como cómplices, y si, además, realizan labores de intermediación en el negocio (con el comprador), lo harán como cooperadores necesarios. Por otra parte, aunque del tenor literal del art. 18 UNCAC

parece desprenderse la idea de que la ventaja sólo puede ser recibida por una persona física, los autores de su Guía Legislativa parten de la base de que también puede entregarse al partido político, entidad u organización a que pertenece. El art. 12 CCE suscita la misma problemática: a pesar de no mencionarlas, los autores del Informe Explicativo identifican a las entidades como posibles beneficiarios, guarden o no relación con el intermediario.

1. 2. SUJETOS ACTIVOS

De acuerdo con el art. 18 (a) de la UNCAC, en el tráfico de influencias activo, tanto el sujeto activo como la persona a quien se dirige para comprar las influencias deben ser particulares. Esta última referencia abarca también, naturalmente, a los funcionarios que reciben una ventaja o aceptan la promesa de entregarla a cambio del uso de influencias no relacionadas en absoluto con el ejercicio de sus cargos. Por su parte, el art. 18 (b) de la misma convención abre el círculo de la autoría del tráfico de influencias pasivo, además de a los particulares, a los "funcionarios públicos", que en consecuencia, ahora sí, podrán utilizar como "reclamo" en el negocio la posibilidad de hacer valer influencias vinculadas al cumplimiento de sus funciones o de acceder al ámbito de decisión en cuestión mediante su posición o facultades profesionales. Como se apunta en un momento posterior de este trabajo, la UNCAC propicia, con ello, una situación de colisión normativa con la disciplina del cohecho pasivo propio, al definir, al propio tiempo, como tráfico y cohecho el mercadeo con influencias del cargo para beneficiar económicamente a terceros.

En el marco de la UNCAC, a los funcionarios públicos les pueden corresponden, pues, los roles de intermediarios, en el tráfico activo, y sujeto activo y / o intermediarios, en el pa-

sivo. Su art. 2 (a) le atribuye dicha condición a toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial en un estado parte, por nombramiento o por elección, de carácter permanente o temporal, remunerado u honorario, y con total independencia de su antigüedad. El precepto alude, a continuación, a otros sujetos que también tendrán, en todo caso, dicha consideración: a) quienes desempeñen una función pública, aunque sea para una empresa u organismo públicos, o presten un servicio público, en los términos en que ese concepto viene definido y aplicado en el derecho interno de las partes; y b) cualquier otra persona definida como tal en el derecho nacional de las partes.

Aparte de los "funcionarios por status" (los de carrera e interinos, el personal laboral al servicio de la Administración y el personal de los organismos autónomos sujetos a derecho público), cualquier otra persona que desempeñe un servicio público recibirá, por consiguiente, la consideración de funcionario. La UNCAC tiene en cuenta también, como puede verse, que, en ocasiones, el Estado realiza sus funciones a través de organismos o empresas, cuya actividad puede venir regida por el derecho público o el derecho privado (Boggino / Argaña, 2006).

En cambio, ni la CCE, ni la CUA, ni el PCS establecen diferencia alguna entre los funcionarios y los particulares a la hora de delimitar el ámbito de aplicación del delito, lo que significa tanto como que los primeros podrán ser, también, autores del tráfico pasivo, con independencia de que actúen o no en el ejercicio de sus cargos, cuando aceptan o se ofrecen a ejercer sus influencias a cambio de un precio. Por lo demás, los tres instrumentos remiten a las partes contratantes la exacta definición del término "funcionario público", con el único límite, en el caso del art. 1 CCE, de las categorías profesionales que deben servirle de base en el derecho nacional: "funcionario",

"funcionario público", "alcalde", "ministro" o "juez" (Carr, 2007) . Cabe cuestionarse, con todo, si es correcto cerrar el delito a quienes operan en el ámbito de la Administración Pública bajo otras denominaciones. También suscitará dudas el estatuto de los funcionarios de hecho, sujetos que no han sido designados de una manera válida pero cuyos actos tienen la misma consideración que los de los funcionarios, mientras no sea corregido el defecto de su nombramiento. En los términos que acaban de indicarse, parece que sólo quedarían incluidos en el ámbito de la autoría si, a nivel interno, merecen la consideración (jurídica) de "funcionarios".

1.3. LAS VENTAJAS INDEBIDAS

La existencia de una "ventaja indebida", como recompensa por la mediación, es uno de los requisitos esenciales del tráfico de influencias. El empleo del término "ventaja" -en lugar de otros, como los de regalo, obsequio o presente- despeja, de entrada, cualquier duda sobre su carácter retributivo, esto es, su referencia a una relación de intercambio de prestaciones (precio a cambio de influencia).

A la hora de analizar su contenido y límites parece razonable acudir a los mismos criterios usados en sede de cohecho, teniendo en cuenta que las "ventajas" también forman parte de su descripción legal, en las cuatro convenciones, y que, entre ambas figuras, existe una estrechísima relación -puesto que persiguen finalidades político-criminales y utilizan técnicas de tipificación muy semejantes-. El Informe Explicativo convalida este punto de vista, al apostar por la transposición al tráfico de todas las consideraciones vertidas en relación con el cohecho activo y con el cohecho pasivo (incluyendo las relativas al concepto "ventaja indebida"). En la normativa internacional anti-corrupción, la diferencia entre el cohecho

y el tráfico de influencias no estriba, por consiguiente, en el carácter económico o no económico del medio para conseguir una decisión favorable, sino en la presencia (o no) de un intermediario que se compromete a ejercer influencias (personales o jerárquicas) sobre el funcionario competente para adoptarla, que, por su parte, no percibe ventaja alguna, apareciendo, más bien, como una víctima inocente manipulada por aquel. Todo lo anterior nos lleva a concluir, en definitiva, que la recompensa, en el tráfico de influencias, cubrirá el amplísimo espectro de incentivos que dan vida al elemento de la dádiva en el cohecho: valores materiales (dinero, objetos preciosos, comidas, bebidas, vacaciones, utilización de determinados bienes aunque no se transfiera su propiedad...) e inmateriales (expectativas profesionales, información privilegiada, favores sexuales y de otro orden...).

En otro sentido, ninguno de los instrumentos clarifica el límite económico de las ventajas, requiriendo, simplemente, que sean "indebidas". Sí lo hace el Informe Explicativo, que interpreta ese calificativo como excluyente de los "regalos mínimos, de muy poco valor o socialmente aceptables". Esta indicación suscita la consabida cuestión de la relevancia de la teoría de la adecuación social a la hora de determinar la existencia de un delito de corrupción pública.

Una conducta socialmente adecuada es una conducta tolerable, porque se la estima normal en un contexto social e histórico determinado. Es lógico hacer de ese criterio de tolerancia un elemento delimitador de la conducta típica, especialmente en aquellos casos en que la entrega o aceptación de la "ventaja" tiene un claro sentido de cortesía y forma parte, por ello, de los códigos de relación entre los ciudadanos y la Administración Pública en las sociedades democráticas. Cosa distinta es que su puesta en práctica resulte (como así es)

todo menos sencilla, teniendo en cuenta que, por si sola, la distinción entre entregas socialmente inadecuadas (porque implican el enriquecimiento del funcionario) y pequeñas atenciones de bagatela o de reconocimiento social habitual no permite acotar, con la necesaria seguridad jurídica, el ámbito de lo penalmente relevante. Habrá de tener en cuenta otras consideraciones, personales y geográficas. Podemos comprobarlo, en particular, en relación con los incentivos ofrecidos a los médicos y a los profesionales sanitarios, en general (bolígrafos, muestras gratuitas, gastos relacionados con la asistencia a congresos para la formación…). Aunque existan normativas específicas sobre el tema, se suscitan casos límite y situaciones conflictivas, en las que no siempre queda claro si dichos sujetos incurren o no en responsabilidades penales. Ello ha llevado a algunos autores a señalar que lo importante, a efectos de comprobar la existencia del tráfico de influencias, es la capacidad que pueda poseer la ventaja para motivar al intermediario a ejercer la influencia, y no sólo su cuantía o el contexto en que se haya producido la entrega.

Por último, con arreglo al precitado Informe Explicativo, el término 'indebida' debería ser interpretado como "algo que el receptor no está legalmente habilitado para aceptar o recibir". A falta de referencia expresa, idéntico planteamiento debe extenderse a los otros instrumentos.

1.4. EL ABUSO DE INFLUENCIA

Tres de las cuatro convenciones anti-corrupción objeto de este trabajo ponen en conexión, en la descripción del delito, el ejercicio de la influencia con un proceso de toma de decisiones. La única que no lo hace es la UNCAC, cuyo art. 18 se limita a contemplar la entrega o aceptación de ventajas para influir en una autoridad o funcionario y lograr de él, así, un beneficio para el propio instigador o para un tercero.

En lo que sí muestran un criterio unánime es a la hora de sancionar (también) el tráfico con influencias falsas o supuestas. El único que debe asociar (subjetivamente) la dación o recepción de la ventaja con un ejercicio real e ilegítimo de influencias es, pues, el "comprador". El "vendedor" o intermediario puede proyectar una imagen (falsa) de proximidad a los cargos públicos, simplemente, para enriquecerse a costa de los deseos de su "cliente". Este modelo de criminalización depara problemas. Por una parte, los Estados que lo acojan (o lo hayan acogido) deberán ajustar las relaciones normativas entre el propio tráfico y la estafa, que es la figura que, en principio, debería calificar los supuestos en que en que, tras sucumbir a los engaños del intermediario, en relación con la posesión de influencias, el "comprador" remunera las (falsas) gestiones y sufre el correspondiente perjuicio patrimonial. En otro sentido, conviene recordar que la relación del delito tráfico con el bien jurídico "función pública" estriba en su objeto: el ejercicio de influencias ante autoridades o funcionarios, como contraprestación "in fieri" a la entrega o promesa de entrega de una ventaja económica. El que la influencia que se ofrece no sea real hace que se diluya su contenido ofensivo, alejando las conductas -excesivamente- de su teórico punto de impacto. Perviven serias dudas, por ello, acerca de si no debe ponerse en relación con un bien jurídico de perfiles distintos, centrado en la necesidad de proteger la imagen o reputación de los aparatos estatales. En todo caso, el debate sobre la compatibilidad de esa venta de influencias falsas con los requerimientos del principio de intervención mínima del Derecho penal permanece abierto.

Otro de los rasgos característicos de la regulación internacional del tráfico es que no es preciso que la influencia -el objeto de la compraventa- llegue realmente a ejercerse (ante la autoridad o funcionario de que se trate), ni, mucho menos,

que conduzca al resultado deseado por el "cliente". El único instrumento que no hace mención expresa de ese dato es, de nuevo, la UNCAC, pero, en la medida en que, como acaba de verse, también criminaliza la venta de influencias falsas, lo razonable es pensar que asume el mismo planteamiento. El sentido del término "impropia", que sirve para calificar a la influencia en el art. 12 de la CCE, el 4 (1) (f) de la CUA y el 3 (1) (f) del PCS, parece ser el de diferenciar las influencias legítimas de las ilegítimas, revistiendo, por ello, enorme trascendencia a la hora de excluir las formas autorizadas de lobbying del ámbito de aplicación del delito.

Desde el momento en que las cuatro convenciones permiten que el intermediario sea, también, un funcionario, es evidente que el tráfico pasivo podrá desarrollarse tanto en un ámbito particular, personal, como en conexión con el desempeño de las funciones públicas. En este sentido, y aunque ninguna concreta el tipo de relación que debería existir entre el ejercicio de la influencia y la condición pública del intermediario o las funciones que ejerce, lo lógico es acudir a un criterio amplio, que cubra la venta de influencias derivadas de la posición que ocupa o relacionadas, de alguna manera, con su trabajo o con su capacidad para acceder y manipular (por los medios que sea, también personales, afectivos...) a otra autoridad. Ahora bien, es indiscutible que cuando un funcionario instrumentaliza facultades o modos de relación propios de su cargo, para influir en otra autoridad o funcionario, está dando vida, al propio tiempo, a un delito de cohecho (solicitud o aceptación de una ventaja a cambio de la realización de una actuación contraria a los deberes inherentes al cargo). La normativa internacional anti-corrupción nos sitúa, pues, ante un fenómeno de colisión de normas, que los sistemas penales nacionales podrán eludir radiando el tráfico

del grupo de los delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo de la influencia, en las previsiones de la CCE viene identificado con los funcionarios nacionales y extranjeros (arts. 2 y 5), miembros de parlamentos nacionales y extranjeros (arts. 4 y 6), funcionarios de organizaciones internacionales, miembros de asambleas parlamentarias nacionales o jueces y funcionarios de tribunales internacionales (arts. 9 a 11). En cambio, la UNCAC lo alinea con cualquier administración o autoridad pública de un Estado parte -términos que, por cierto, no vienen definidos, como tales, en la propia convención-, y la CUA y el PCS con "cualquier persona que ejerce funciones en el sector público o privado". Los términos en que se expresan los tres últimos instrumentos no son, en principio, más restringidos que los empleados por la CCE, puesto que abarcan todas las situaciones contempladas por aquella, incluso el caso de los funcionarios extranjeros y de los miembros de los parlamentos nacionales o extranjeros que ejercen poderes legislativos o administrativos.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las convenciones anti-corrupción no exhiben grandes diferencias en lo referente a la descripción y modalidades del delito de tráfico de influencias, ni a los mecanismos de seguimiento del cumplimiento, por parte de los estados contratantes, de los compromiso asumidos -si bien el previsto para la Convención del Consejo de Europa (el GRECO) parece ser el más desarrollado-. Tampoco lo hacen a la hora de hacer depender sus previsiones de las leyes nacionales y de los sistemas jurídicos de las partes, en unos casos por medio de la técnica de tipificación elegida -caso de la CCE y de la UNCAC-, y en otros recurriendo a cláusulas de salvaguarda -como hacen, además de la propia CCE, la CUA y el PCS-.

Los intentos de afrontar de una manera global o multilateral el tratamiento del tráfico deben enfrentar, sin embargo, diversos obstáculos, entre ellos el representado por el carácter no vinculante de las disposiciones de la UNCAC y del PCS (Carr, 2007). Ese dato transmite, inevitablemente, la idea de que nos enfrentamos a formas de corrupción menos graves y merecedoras de menor atención por parte de las autoridades estatales. Sin embargo, teniendo en cuenta sus efectos negativos en la confianza de la ciudadanía y en la libre competencia, no parece que su criminalización pueda ser contemplada como una alternativa para los Estados democráticos.

En la mayoría de los instrumentos la disciplina del tráfico de influencias se asienta sobre la existencia de un ofrecimiento o acuerdo vinculado a un proceso de toma de decisiones en el ámbito de la Administración Pública. La UNCAC parece haberse hecho, en cambio, de las propuestas o recomendaciones -contenidas, entre otros instrumentos, tanto en el marco de la OCDE como en el de la UE- que apuntan a la necesidad de flexibilizar los presupuestos de aplicación de los delitos de corrupción, para evitar la impunidad de comportamientos verdaderamente merecedores de sanción penal. En consecuencia, radió de su art. 18 toda referencia a las decisiones administrativas como objeto de la transacción, propiciando, con ello, la tipicidad de las entregas para influir en la consecución de decisiones de difícil o imposible identificación o para pagar gestiones relacionadas con cualquier asunto que pueda interesarle al comprador en el futuro.

El modelo de criminalización del tráfico de la UNCAC contará con el respaldo de quienes ponen por delante su carácter sistémico, alineándolo con las que consideran prácticas habituales en las democracias liberales y en las economías de mercado (Li, 2007; Slingerland, 2010). Para eliminarlas -in-

sisten- es preciso acudir a respuestas asimismo sistémicas, asociadas a la formación de mercados de influencias, cuyo único requerimiento probatorio debería ser la demostración de que se ha producido una entrega económica por razón de la posición de influencia ocupada por el sujeto (Slingerland, 2010). Esta hipótesis de tráfico de influencias in incertis actis genera, sin embargo, numerosas dudas, centradas, entre otros aspectos, en su incompatibilidad con las funciones sistemática y selectiva del tipo penal.

Efectivamente, resulta difícil renunciar al enfoque que defienden la CCE, la CUA y el PCS sin hacer dejación, al propio tiempo, de los principios liberales del Derecho penal. Debe dársele la razón a Kindhäuser (2007) cuando escribe que los argumentos con que se sostiene la punibilidad del núcleo duro de un delito nunca deben traerse a colación para tipificar cualesquiera otros comportamientos próximos o conexos. En tanto no aparezca vinculada a la realización de un proceso de toma de decisiones, la venta de la capacidad de influir (aunque sea real, cierta) no se corresponde con el campo de la corrupción en sentido penal. Para reprimir esa clase de conductas, en lugar de encomendarse al Derecho penal, los legisladores nacionales deberían poner sus ojos, en primer lugar, en los sistemas de control interno de la actividad administrativa, como garantes «naturales» de su legalidad y trasparencia. Apelar al carácter disuasorio del Derecho penal no puede servir de coartada, en un Estado social y democrático de Derecho, para mantener un sistema de sanciones desproporcionado, desequilibrado.

La incriminación del tráfico de influencias sólo puede justificarse a partir de su peligrosidad -objetiva y subjetiva— para la correcta valoración de los intereses en conflicto, propia de todo procedimiento administrativo (Boggino / Argaña, 2006). Es preciso, pues, que el intermediario posea

realmente las influencias que dice (o sea, una capacidad real para influir) y que haya recibido una dádiva o promesa para ejercerlas en relación con un asunto concreto. El preocupante fenómeno de la corrupción pública ha de atajarse de la mano de estrategias preventivas y de control plenamente respetuosas con el principio de subsidiariedad del Derecho penal, y no con la criminalización de la aparente predisposición de los intermediarios a interferir en favor de los intereses de un particular o de un grupo de particulares.

En cambio, optar por la naturaleza cualitativa de las ventajas, tal y como hacen los cuatro instrumentos examinados, no debe resultar controvertido. Además de corresponderse con la finalidad del delito, la entrega de regalos o la financiación de viajes, o el pago de tratamientos clínicos o de actividades formativas, como contraprestación por el uso de influencias, responden a las nuevas formas de relación entre las empresas y la Administración (o las personas que pueden mediar ante ella) (Finley, 1994; Li, 2007; Majumdar / Han Yoo, 2012).

BIBLIOGRAFÍA

J. C. BOGGINO, M. ARGAÑA, *Límites entre los intereses privados y el ejercicio de la función pública a la luz de las convenciones internacionales anticorrupción. Análisis de mecanismos, medidas y recomendaciones existentes*, Consejo Impulsor del Sistema Nacional de Integridad, Asunción, 2006.

E. S. BREZIS, J. CARIOLLE, J., "The revolving door indicador: estimating the distortionary power of the revolving door", *U4 Brief*, Nº 10, 2014.

I. CARR, "Fighting corruption through regional and International conventions: a satisfactory solution?", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2007.

B. HARSTAD, J. SVENSSON, “Bribes, lobbying and Development”, *American Political Science Review*, Vol. 105, 2011.

M. JOHNSTON, *Syndromes of corruption: wealth, power and democracy*, Cambridge, 2005.

U. KINDHÄUSER, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad”, *Política Criminal*, Nº 3, 2007.

W. LI, *Peddling influence through well informed intermediaries*, USC FBE Applied Economics Workshop, Riverside, 2007.

M. MAJUMDAR, S. HAN YOO, “Strategic Analysis of Influence Peddling”, *International Journal of Game Theory*, Vol. 41, 2012.

A. NWABUZOR, “Corruption and Development: new initiatives in economic openness and strengthened rule of law”, *Journal of Business Ethics*, Nº 59, 2005.

W. SLINGERLAND, *Trading in influence: corruption revisited*, EGPA Study Group on Ethics and Integrity of Governance, Toulouse, 2010.

T. SOREIDE, “Corruption and competition. Fair market as an anticorruption device”, *The Nagoya Journal of law and politics*, Vol. 258, 2014.

NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE A PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS NA FIXAÇÃO DA PENA

Hugo Rogério Grokskreutz

1. DO NEOCONSTITUCIONALISMO.

O Constitucionalismo mesmo sendo uma das maiores, senão a mais importante criação do Direito, como qualquer outro instituto jurídico decorre de fatos históricos, e é um vocábulo que permite dupla interpretação, em um sentido amplo significa que todo Estado possui uma Constituição, e em sentido estrito significa que todas as pessoas devem ter sua liberdade protegida do arbítrio do Estado (FACHIN, 2008, p. 35).

Sendo assim, é natural que o Constitucionalismo também tenha passado por significativa evolução ao longo de centenas de anos, "pois já os hebreus, em seu Estado Teocrático, criaram limites ao poder político, por meio da 'lei do Senhor'", as "cidades-estados gregas, configuraram o primeiro caso real de democracia constitucional" (FERRARI, 2011, p. 54), neste diapasão o Constitucionalismo sofreu influências

de movimentos constitucionais de alguns países que se destacaram pelo pioneirismo nesta matéria, e dentro os de maior relevo estão os movimentos inglês, americano, e francês.

Embora a Constituição Inglesa não seja escrita no movimento inglês houveram vários documentos publicados, entre os quais se destaca a Magna Carta de 1.215, a Petição de Direitos de 1.628, a Lei do Habeas Corpus de 1.679, e a Declaração de Direitos de 1.689 (FACHI, 2008, pp. 37-38). Já o movimento americano decorreu da revolução das Treze Colônias contra o Poder centralizado inglês, resultando assim na publicação da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia em 1.776 e a Constituição de 1.787 (FACHIN, pp. 38-40). E o movimento francês decorre da Revolução Francesa que teve como fruto a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789 (FACHIN, pp. 40-41), em síntese:

> Toda a história do constitucionalismo se resume na luta entre absolutismo e liberdade, no reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, no respeito a dignidade da pessoa humana, ao princípio democrático, na supremacia do direito sobre a força e sobre a violência, quanto governo das coletividades (FERRARI, 2011, p. 54).

Já o neoconstitucionalismo se traduz em um "novo momento do constitucionalismo" (FERRARI, 2011, p. 57), sendo também fruto de toda essa evolução supramencionada, em outras palavras:

> Do ponto de vista material, caracterizam o denominado neoconstitucionalismo: a incorporação de valores e opções políticas, no texto constitucional, o que propicia a expansão de conflito, específicos e gerais, entre

> as opções normativas do próprio sistema constitucional. A Lei fundamental do sistema jurídico, na qualidade de centro de uma determinada ordem normativa, atua como filtro axiológico, a partir do qual devem ser lidas todas as normas pertencentes a tal sistema. A Constituição deve, então, ser compreendida a partir dos princípios, vale dizer, dos valores vinculados, de certo modo, com a Ética, sem que isso importe na volta do jusnaturalismo (FERRARI, 2011, p. 59).

Em que pese haver significativos estudos doutrinarios em torno do denominado neoconstitucionalismo, este não consiste em uma nova teoria, mas em uma nova ótica sobre o Direito Constitucional.

> Não se olvide que aquilo que a doutrina tem designado como "neoconstitucionalismo" em princípio, não substancia, organicamente, uma nova teoria constitucional ou um movimento doutrinário. Antes disso parece tratar-se, o "neoconstitucionalismo", em verdade, de um momento teórico em que os constitucionalistas buscam a superação de modelos jurídicos positivistas e formalistas projetados ao discurso e dogmática constitucionais. Um momento em que se buscam soluções mais adequadas para as questões constitucionais diante das insuficientes respostas positivistas (SCHIER, 2005).

O neoconstitucionalismo ao que tudo indica visa superar as visões positivistas do Direito, para adentrar em um campo onde valores principiológicos, extrajurídicos e sociais terão relevância para o estudo e aplicação do Direito, principalmente do Direito Constitucional.

Por tais razões, leva-se em consideração valores morais, políticos, sociais e principiológicos de relevo para determinado Estado ou sociedade, neste sentido Barroso assevera que:

> O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte produto do reencontro entre ciência jurídica e a filosofia do direito. Para poderem se beneficiar do amplo instrumento do direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na constituição, explicita ou implicitamente (BARROSO, 2010).

Bonavides relata que a juridicidade destes princípios passa por três fases distintas, quais sejam: jusnaturalista, positivista e pós-positivista (2002, p. 232). Para a primeira são "princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo, um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana" (BONAVIDES, 2002, p. 234). Para a segunda fase os princípios entram nos códigos como fonte normativa subsidiária e garantem o reinado absoluto da lei (BONAVIDES, 2002, p. 235). E a terceira fase é reconhecida pelas atuais constituições que outorgam hegemonia e colocam os princípios como pedestal normativo para todo o sistema jurídico constitucional (BONAVIDES, 2002, p. 237).

É no pós-positivismo que as ideias do Direito natural e do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo e se reconhece a força normativa dos princípios, sobretudo pelo posicionamento doutrinário de Dworkin (BONAVIDES, 2002, p. 237) e pelo pioneirismo do professor Boulanger que primeiro falou sobre a construção jurídica oriunda dos princípios (BONAVIDES, 2002, p. 239). Os princípios "são matérias de fato no sentido de que não são invenções teóricas, mas fatos reais" (SILVA, 2011):

> Vale, pois, dizer que os princípios jurídicos não são criações artificiais, como pensam os positivistas, cumpre-nos fundamentar esse entendimento como algo insofismável, qual seja, o de que toda sociedade humana possui certa bagagem cultural que se traduz em ideais comunitários e símbolos da consciência grupal (SILVA, 2011).

Para Alexy "princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas" (2008, p. 117). Ferreira define mandamento como ato ou efeito de mandar (2010, p. 1.322), conceitua a palavra otimização como sendo o "ato ou efeito de otimizar" (FERREIRA, 2010, p. 1.526), que por sua vez, significa tornar ótimo, aperfeiçoar a fim de que se realize uma função no menor tempo, ou no menor número de passos possível (FERREIRA, 2010, p. 1.527), para Mendes, Coelho e Branco:

> Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que às circunstancias permitem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 262-263).

Sem esgotar o conteúdo e de uma forma um tanto quanto sintética, é possível aduzir que os princípios que esteiam o atual momento constitucional denominado de neoconstitucionalismo, são frutos de valores sociais, político, morais e democráticos que foram incorporados pelas constituições e que servirão de ferramenta amoldável para a solução de casos ocorridos no seio social.

Denota-se que os princípios se tornaram uma das maiores bases do constitucionalismo atual, deixando o positivismo ao lado dos valores de princípios reconhecidos pela atinente sociedade.

> Este momento pós-positivista do neoconstitucionalismo, afirmando a normatividade e vinculatividade dos princípios, faz assentá-los como valores jurídicos supremos da sociedade, servindo como parâmetro de aplicação do direito para Estado (administração pública, legislador e juiz) e até mesmo a sociedade civil [...]. Portanto, observa-se que, na fase pós-positivista, os princípios passam a caracterizar o próprio "coração das constituições", iluminando a leitura de todas as questões de dogmática jurídica, que devem passar pelo necessário processo da filtragem constitucional axiológica (SCHIER, 2005, p. 154).

Significa dizer que os princípios se tornaram o grande cerne da doutrina neoconstitucionalista, já que permitiu uma posição jurídica não mais submissa exclusivamente ao positivismo, mas ligada a um valor denominado pós-positivismo que ressalta a força dos princípios para o Direito Constitucional. Em outros termos, o neoconstitucionalismo trouxe luz e águas reparadoras ao mundo jurídico, permitindo assim se falar em pós-positivismo e em ponderação na incidência de princípios (SCHIER, 2005, p. 149).

Partindo da premissa de que o neoconstitucionalismo reconhece os princípios como valores integrantes da constituição indaga-se: em caso de eventual colisão ou tensão entre princípios fundamentais de mesma envergadura constitucional qual será a solução para o caso concreto? Segundo Alexy:

> Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, "por si só, de prioridade". O "conflito" deve, ao contrário, ser resolvido "por meio de um sopesamento e definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto (2008, p. 95).

Ainda na ótica de Alexy "essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico" (2008, p. 96):

> A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de condições sobre as quais um princípio tem precedência em face de outro. (ALEXY, 2008, p. 96)

Por via de consequência, a interpretação não paira apenas no campo da antinomia e no afastamento absoluto de uma regra e na manutenção de outra, mas sim, na ponderação necessária no trato entre os princípios mediante a redução de um e a maximização de outro para a solução do caso concreto.

Portanto, o neoconstitucionalismo pode ser visto como uma das obras da evolução constitucional e entendido como um momento teórico doutrinário do Constitucionalismo atual, que superou os valores individualistas do direito natural e do positivismo, para adentrar no campo do intitulado pós-positivismo, que, por sua vez, privilegia os princípios, fazendo

com que estes atuem como mandamentos de otimização na solução de determinada temática jurídica que se encontra em tensão ou colisão com outro de idêntica envergadura jurídica no que tange a incidência do Direito.

2 - DO PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS COMO VALOR DOGMÁTICO E POLÍTICO CRIMINAL.

O Direito Penal como ramo autônomo do Direito, possui regras e princípios próprios, e dentre tais princípios está o da exclusiva proteção de bens jurídicos, que em verdade pode ser considerado como uma das razões de ser do próprio Direito Penal, ou na feliz expressão de Alice Bianchini: "o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos configura a função básica do direito penal" (BIANCHINI, 2002, p. 30).

O Direito Penal que outrora era um instrumento de violência e demonstração arbitrária de poder hoje passa a ser a *ultima ratio* do Direito, justamente para que os bens jurídicos que não foram tutelados pelos demais ramos do Direito encontrem a salvaguarda que lhes é devida, e na ótica de D'Avila "por uma questão de princípio, não pode o Estado restringir liberdades constitucionais por ele mesmo reconhecidas, sem uma razão suficiente, materialmente estabelecida" (2011, p. 215).

Logo, não há dúvidas de que o Estado só pode limitar Direitos na seara do Direito Penal em prol de finalidades especificas, que serão justificáveis somente se forem instituídas para a exclusiva proteção de bens jurídicos.

Bens jurídicos "são valores ético-sociais mais elementares de uma dada sociedade, cuja preservação é essencial à garantia das condições mínimas de existência em sociedade e do pleno desenvolvimento da pessoa humana" (CRUZ, 2003), nesta

senda o "bem jurídico, protegido pela norma penal, deve sofrer um processo de avaliação, diante dos valores constitucionais de âmbito e relevância maiores, sendo certo que o Direito Penal, como parte do sistema global tutelado pela norma maior, dela não poderá afastar-se" (CARVALHO, 2002, p. 92).

Deste modo cada ordem jurídica estabelecida poderá em determinada época, local, e de acordo com a ideologia de cada Estado estabelecer os bens jurídicos que merecem ser acolhidos pelo Direito Penal, neste sentido Mir Puig leciona que "*el derecho es una construcción social cuya función asgnada es la de regular la vida de los seres humanos. Desde uma perspectiva democrática la función del Derecho penal há de ser proteger interesses reales de los ciudadanos y no solo normas jurídicos*" (MIR PUIG, 2006, p. 162).

Diante destas afirmações é possível conceituar o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos como sendo o princípio que impõe à política criminal e ao Direito Penal a obrigação de observar os bens jurídicos eleitos como relevantes pelo Poder Constituinte e pela sociedade, e assim os proteger das agressões ilícitas como forma de manter a paz, o equilíbrio social e reprimir a criminalidade. Semelhantes são os ensinamentos de Bianchini:

> O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos decorre da concepção minimalista do direito penal. Somente bens de extrema valia para a coexistência do indivíduo é que poderão ser objeto de lei penal. Isto porque, sendo o direito penal o instrumento mais poderoso de que se vale o Estado no combate à violência, e porque a sua utilização encerra, inexoravelmente, também, uma violência, é de forma muito comedida que ele deve ser chamado a atuar (2002, pp. 29-30)

Da mesma forma assevera Prado:

> O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade -, dentro do quadro axiológico constitucional ou decorrente da concepção de Estado Democrático de Direito. Sob essa perspectiva, a tutela penal só é legitima quando socialmente necessária, imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana (PRADO, 2005, pp. 28-29).

É possível visualizar que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos pode ser tido como um dos arrimos não apenas do aspecto dogmático do Direito Penal, mas da própria política criminal, porquanto, o mesmo acaba por influenciar o legislador no momento da criação do tipo penal, balizando a própria aplicação do Direito Penal como estratégia de combate à criminalidade ou realçando os bens considerados importantes para a sociedade.

Este princípio atua de forma preventiva e repressiva, o primeiro como ferramenta para a política criminal, e o segundo na própria incidência do Direito Penal aos casos concretos.

O Direito Penal possui seus objetivos delineados na própria norma penal, semelhantemente as ciências teológicas, e estabelece seus dogmas em preceitos legais que, evidentemente, atuam como paradigmas, regendo deste modo a sua construção e a sua aplicação.

A tradição dogmática "considera o bem jurídico uma criação legislativa, nada mais do que aquilo que a norma protege, algo implícito já, logicamente, em qualquer norma vigente"

(GRECO, 2006, p. 404), e “é bem jurídico aquilo que o direito considera como tal” (ARNAUD, 1999, p. 69).

De outro lado, qualquer norma jurídica antes de ser criada é objeto de uma severa análise quanto a sua necessidade para o regramento social, significa dizer que antes de entrar em vigor toda proposta para a criação de uma legislação – em especial a penal – é dissecada pelo legislador para alcançar no plano teórico a máxima efetividade possível. É exatamente neste processo legislativo que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos intervêm e atua como baliza legislativa, impondo dever de somente criar leis que tenham o desígnio de proteger bens jurídicos.

A política criminal é um tanto quanto próxima do Direito Penal, e traça as estratégias para que a criminalidade seja combatida, e o Direto Penal acaba sendo uma das estratégias indicadas pela política criminal para que os crimes não afetem a sociedade, e não maculem a paz e o equilíbrio socialmente desejado. Neste momento é que os legisladores devem se ater ao princípio em comento, uma vez que este impõe o dever de somente criar tipos penais quando estes forem aptos a salvaguardar os bens jurídicos.

Será plausível a criação de uma lei penal incriminadora se esta for criada em prol de obstar o delito e fazer com que o *iter criminis* cesse antes mesmo do bem jurídico ser colocado em risco ou ser efetivamente lesado, corroborando com tais afirmações Bianchini pondera que:

> Quando da criação legislativa do tipo penal, as considerações sobre o bem jurídico passam para o primeiro plano. A função preponderante é de servir de limite ao legislador. À medida que o direito penal somente está autorizado a intervir quando sua ação

> estiver voltada para a proteção de bens jurídicos, torna-se imperioso, no momento da elaboração da lei, recorrer à teoria do bem jurídico, a fim de se estabelecer o que pode e o que está excluindo do âmbito de abrangência de um tipo penal (2002, p. 50).

Greco aborda esta questão e em poucas palavras sintetiza todo o caráter político criminal do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos:

> Já o conceito político-criminal de bem jurídico confere ao princípio uma dimensão transcendente ao direito positivo, tornando-se este objeto de crítica com base no parâmetro de que, em princípio, apenas são legítimos aqueles tipos que protegem um bem jurídico, algo que nem todo tipo, só por fazer parte do direito legislado, necessariamente faz. O princípio da proteção de bens jurídicos só ganha valor autônomo, porém, se for entendido em sentido político-criminal (2006, p. 404).

Por todo o exposto é possível denotar que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos incide em dois momentos relevantes para o Direito Penal. No primeiro momento este atua como balizador para o legislador pátrio, que deve observar o sentido político criminal e só poderá criar normas penais para salvaguardar bens jurídicos. Já no segundo momento, este princípio atua como valor dogmático, no sentido de que é bem jurídico somente aquilo que foi legalmente declarado como tal pela Constituição Federal e por uma Lei penal incriminadora que visa proteger o atinente bem jurídico.

Em conclusão afirma-se que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos deve efetivamente atuar como instrumento da política criminal, e como valor dogmático do Direito Penal.

3. CONFRONTO TEMÁTICO.

Umas das grandes características do Direito Penal é o absolutismo de seus princípios garantistas como forma de proteger o cidadão frente ao Poder Estatal, neste sentido, qualquer redução, mitigação ou exclusão destes Direitos retirará a própria essência deste ramo do Direito, em que pese haver grandes doutrinas em contrário.

A título de exemplificação é possível arrolar o princípio da legalidade e da reserva legal que estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Igualmente é possível indicar o princípio da presunção de inocência ou do estado da não culpabilidade, segundo o qual todos são inocentes até que se tenha o trânsito em julgado de uma decisão penal condenatória. Na mesma toada é necessário que todo acusado tenha acesso ao devido processo legal, que tenha a oportunidade de contradizer qualquer acusação e usufruir da ampla defesa, inclusive, da igualdade/paridade de armas processuais, vedação de provas ilícitas, e respeito às regras processuais, etc.

Todos os Direitos e garantias do acusado deverão ser absolutamente respeitados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em mitigação, redução ou ponderação destes Direitos, que como, já dito, são absolutos, e qualquer afirmação em contrário retiraria toda a essência deste ramo autônomo do Direito.

De outro lado, o Direito Penal atua em prol de proteger bens jurídicos, para tanto, é inexorável que em algum momento cidadãos terão que ser punidos de acordo com os preceitos secundários dos tipos penais. Neste instante é que surge uma verdadeira tensão/colisão entre o Direito de inocência e liberdade da pessoa que o permite se proteger do poder punitivo do

estado e o poder-dever do Estado de apenar e assim resguardar os bens jurídicos considerados como relevantes pela Lei Maior.

Uma das características do neoconstitucionalismo é o respeito para com os princípios e a possibilidade de ponderação em torno da sobreposição de um em face de outro na solução de um caso concreto, no entanto, quando estiver em choque um princípio favorável e outro contrário ao acusado será possível utilizar o critério da ponderação? Por ser o Direito Penal um ramo do Direito que naturalmente visa limitar o Estado e primar pelos princípios e Direitos favoráveis ao acusado é plausível aduzir que a ponderação em comento não se mostra adequada, em outras palavras:

> A ponderação, no âmbito penal, deve ainda estar mais atenta para os seus parâmetros, como a não ocorrência de ponderação entre princípios e regras constitucionais, pela causa que as últimas são imponderáveis. Também não se pode invocar a ponderação para abrir ou derrubar garantias constitucionais. Esta máxima não pode ser esquecida, sob pena de se desconstruir todo o sistema de garantias penais (MOREIRA, 2010).

No entanto, deve ser ressalvado que “os bens jurídicos tutelados em primazia são aqueles que a constituição defende e podem ser resolvidos pela ponderação, quando em conflito também no âmbito penal” (MOREIRA, 2010).

Desta forma é possível que o operador do Direito Penal utilize o critério da ponderação, fazendo com que os princípios atuem como mandados de otimização no âmbito da dosimetria da pena. Após o decorrer e o esgotamento do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, a incidên-

cia prática do preceito secundário de um tipo penal deverá ser precedido de um cálculo/dosimetria da pena.

Para que a individualização da pena ocorra é imprescindível que o judicante analise não apenas a conduta do acusado, mas também, a lesão ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, "esse é o momento que o neoconstitucionalismo interfere no direito penal, com a inclusão da prática da ponderação" (MOREIRA, 2010).

É notório que ao analisar as provas produzidas em meio ao processo penal (art. 155 do CPP), o magistrado terá que aplicar ou não uma penalização e estabelecer o *quantum* de pena, neste instante o princípio da presunção da inocência e o direito de liberdade do cidadão estarão em choque com o Direito de punir e o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, e é neste momento que poderá haver uma ponderação por parte do julgador, para avaliar a extensão do dano ao bem jurídico e o reflexo deste dano para a pena que será ou não aplicada.

Uma leitura conjunta do art. 59 c/c art. 68 do Código Penal já é suficiente para identificar a obrigação do julgador em analisar todas as elementares, circunstâncias, dados pessoais e o elemento volitivo que podem ter levado o sujeito a prática do crime, demonstrando assim que é necessária uma ponderação em torno da proteção do bem jurídico.

Ao realizar tal cálculo o julgador inexoravelmente terá que analisar todo o contexto em torno da lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal e ponderar sobre qual será a pena necessária e adequada para o caso.

> É interessante observar que a lei penal é a intervenção legislação que combate o agente violador de direitos fundamentais e, como tal, a dosimetria da pena deve levar em consideração, proporcional-

> mente, os bens constitucionalmente tutelados. A legitimidade constitucional pode adequar ao uso do tipo penal à pena aplicada (MOREIRA, 2010, p. 84).

Ou conforme palavras de Busato: "[a] ideia de lesividade vinculada a demonstração da existência de um ataque a um bem jurídico" faz com que o bem jurídico se torne "referência indispensável para a legitimidade das consequências jurídicas do delito" (2006, pp. 531-532).

Vislumbra-se que a possibilidade de ponderação em meio ao Direito Penal é exercitável apenas em meio à individualização da pena, e por tal razão, é que ao julgador resta o dever de analisar todas as peculiaridades da conduta e as consequências causadas ao bem jurídico. "Em um sistema jurídico que se pretende ser honesto com os integrantes da sociedade, a individualização da pena tem grande peso" (BIZZOTTO, 2008, p. 209), haja vista que:

> A aplicação da pena é o grande momento da concretização do direito penal, merecendo por parte do julgador uma especial atenção para as circunstâncias sociais do fato e do apenado, com a imposição de uma visão empírica, evitando-se a sedução de mera apreciação técnico-idealista, porquanto esta nada mais faz do que dissimular a conflitividade social ao transportar o juiz do mundo do sofrimento da vida humana real para as divagações abstratas e sem finalidade, próprias do estéril isolamento do mundo jurídico. A individualização da pena tem, pois, sua essência situada no campo do concreto. É na consideração do fato concretamente ocorrido, da infração penal concretamente praticada, da pessoa que concretamente a realizou, que poderá ser medi-

> da a culpabilidade, determinada pena concretamente imponível (BIZZOTO, 2008, p. 211).

O "neoconstitucionalismo transforma o direito penal pelo uso dos subprincípios da ponderação em especial na dosimetria da pena" (MOREIRA, 2010, p. 85), uma vez que, caberá ao julgador ponderar e delimitar a pena que será aplicada ou não ao caso concreto. Portanto, na individualização da pena haverá uma tensão/colisão entre o direito de liberdade e inocência do acusado e o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos que dá ensejo ao Direito de punir do Estado, que se baseará na extensão da lesão aos bens jurídicos para tal ponderação.

CONCLUSÃO.

Diante de todo o exposto vislumbra-se que o Constitucionalismo evoluiu gradativamente até que a doutrina jurídica teorizou o neoconstitucionalismo, que vai do jusnaturalismo e do positivismo e alcança o patamar denominado de pós-positivismo, reconhecendo assim valores extrajurídicos que serviram de arrimo para a criação de princípios considerados como elementos estruturantes do Direito.

Os princípios se tornaram uma fonte normativa, que não apenas ampara o intérprete do Direito, mas também, atua como estrutura do ordenamento jurídico, entretanto, é possível que em determinado momento um princípio constitucional venha a se tencionar com outro de idêntica envergadura, neste momento é que o jurista deverá ponderar e definir qual dos princípios prevalecerá no caso concreto e qual terá sua aplicação reduzida.

Por tal razão se indagou: é possível a ponderação de princípios no âmbito do Direito Penal? No desiderato de responder tal questão se demonstrou que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos possui aspecto dogmático e político criminal.

No primeiro aspecto são relevantes os bens jurídicos expressamente consignados como tal por uma lei penal que observou a eleição realizada pelo constituinte, indicando assim que é necessária a formalização legal para que algo seja considerado como bem jurídico. Concomitantemente se demonstrou que o princípio supracitado deve ser utilizado como ferramenta de política criminal, e neste sentido, o legislador ao criar um tipo penal deverá se ater ao intuito de proteger bem jurídico, e não tão somente punir o suposto criminoso.

Por se tratar de um princípio do Direito Penal este deverá ser ponderado no momento da fixação da pena, ou seja, ao realizar a dosimetria/cálculo de pena (art. 59 e art. 68 do CP) o julgador estará vinculado ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e deverá analisar se um bem jurídico protegido pela Carta Magna foi lesado pela conduta criminosa, e ao fixar a eventual pena deverá avaliar sua extensão e se é necessária ou não a condenação do agente, momento em que este princípio irá se sobrepor ao princípio de presunção de inocência – por exemplo – e permitirá que o Direito Penal atue na salvaguarda do atinente bem jurídico.

Nesta quadra é que o neoconstitucionalismo incide no Direito Penal, fazendo com que o princípio seja observado e haja ponderação pelo julgador no momento de aplicar ou não uma pena, otimizando assim a incidência do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARNAUD, André-Jean. *Et al*. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Tradução: Patrice Charles F. X. Willlaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. In. Interesse público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, p. 13-55, jan/fev. 2010.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BIZZOTTO, Alexandre. **A imposição constitucional na cominação da pena concreta**. In. FÖPPEL, Gamil. Novos desafios do direito penal no terceiro milênio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12° edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BUSATO, Paulo César. **Por que, afinal, aplicam-se penas?** In. SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Novos rumos do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1992.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A importância da tutela penal do meio ambiente**. Revista de Direito Ambiental. Ano 8. n.° 31, p. 58-99. São Paulo. Julho-setembro. 2003.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo**. *In*. GAUER, Ruth Maria Chittó. Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II. 2° Edição. Porto Alegre: EDIPURS, 2011,

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3° edição. São Paulo: Método, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio de língua portuguesa**. 5° edição. Curitiba: Positivo, 2010.

GRECO, Luís. Breves **Reflexões sobre o Princípio da Proteção de Bens Jurídicos e da Subsidiariedade no Direito Penal**. In. SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. GONET, Paulo Gustavo Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 5° edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo, Direito Penal e Garantismo**. In. Revista brasileira de estudos constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, p. 81-92, out/dez, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Elementos de Direito Penal**. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PUIG, Santiago Mir. ***Limites del Normativismo em Derecho Penal***. In. SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. In. A &C Revista de direito administrativo e constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr/jun, 2005.

SILVA, José Afonso da. **O ser das regras, das normas, e dos princípios constitucionais**. In. Interesse público – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, p. 15-28, maio/jun, 2011.

O CÁRCERE ENQUANTO MEIO (IN) ADEQUADO DE COMBATE À VIOLÊNCIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA BRASILEIRA: DIREITOS HUMANOS EM XEQUE?

José Osmário de Araújo Santos Filho
Vilobaldo Cardoso Neto
Thatiana Santos Ferreira

INTRODUÇÃO

Atualmente, a pena privativa da liberdade consiste no núcleo do sistema penal. A partir do século XIX, quando a prisão se converteu na principal resposta estatal ao autor do delito, acreditava-se que esta seria o meio mais apropriado para a "restauração" do delinquente. No contexto contemporâneo, contudo, encontra-se em xeque, tendendo ao descrédito por grande parte dos doutrinadores e estudiosos do tema.

Partindo-se do pressuposto de que a taxa de criminalidade e reincidência, bem como a falta de segurança pública, crescem em escala alarmante e aviltante, tornam-se cada vez mais frequentes os questionamentos a respeito da eficácia do atual

sistema penal brasileiro, mais precisamente no que atine à sanção enclausuladora. Estaria ela cumprindo as suas finalidades declaradas mediante o acautelamento da incolumidade física e mental do apenado? Os direitos humanos previstos em diplomas internacionais, bem como os que foram incorporados à Constituição Federal de 1988, tem sido, de fato, resguardados?

Sendo assim, o presente trabalho tem como escopo geral e precípuo proceder uma análise clara e objetiva, não perdendo, porém, a profundeza necessária à boa compreensão e crítica atinente a (in) eficácia da pena privativa de liberdade à luz de institutos jurídicos de Direitos Humanos, abordando-se seus reflexos sociais, enquanto instrumento de repressão à violência e analisando-se as suas finalidades.

Ademais, seu objetivo específico centra-se demonstrar a constante violação de direitos do homem na execução da pena de cárcere, contrapondo a secular mentalidade social de que o Direito Penal, mais precisamente a pena, afunilando-se ainda, à pena privativa de liberdade, é o grande cerne para dirimir todas as mazelas presentes no seio da sociedade brasileira, inclusive a violência.

Para o desenvolvimento do presente estudo, fez-se necessário, inicialmente, a realização de uma minuciosa análise - através do método exploratório e qualitativo - dos dados estatísticos extraídos de fontes oficiais e das legislações vigentes. Ademais, verificou-se quais são, de fato, as circunstâncias às quais estas pessoas estão submetidas e, consequentemente, quais dos seus direitos estão sendo violados, bem como de que forma isto dificulta a ressocialização do indivíduo. Em seguida, com o intuito de aprimorar a tese defendida, esmiuçou-se criticamente as obras literárias e doutrinárias que foram adquiridas em fontes impressas e digitais.

1. SOCIEDADE, VIOLÊNCIA E DIREITO PENAL: UM TRIÂNGULO CONSEQUENCIAL

Sendo o homem um "animal cívico", tendente a viver em sociedade (ARISTÓTELES, 2008, p. 12), é ser naturalmente carente, necessitando do outro para subsistir. Por consequência, sociedade e indivíduo caracterizam uma ligação inextirpável. Sem este não há aquela, sendo o contrário a mais lídima verdade.

A evolução histórica da civilização, bem como dos direitos inerentes à pessoa humana, é morosa e paulatina. Contudo, reconhece-se uma veraz metamorfose ao longo do tempo. Neste ínterim, na horda, fase social rudimentar, a existência humana era integralmente individualista e desvinculada de qualquer noção de grupo. Sucessivamente, a barbárie traz consigo um prenúncio do corpo social, onde o mais ágil e forte lidera o grupo. Posteriormente, na época do clã, tribo ou família, impera a figura do patriarca, que apenas governa sobre seu clã. Prosseguindo, emana o Estado Moderno, período do bem social ou coletivo. É atribuído à ele normatizar a vida civil através do Direito, instituindo normas e sanções, com incidência *erga omnes*.

Na sociedade contemporânea, mais complexa e, por conseguinte, mais conflituosa, acentua-se a problemática da violência, trazendo consequências e reflexos sociais carentes de discussão que possibilitem soluções. Nesse contexto, o Direito Penal, na condição de regulador de condutas humanas, assume o seu posto, passando a ser um dos mecanismos mais utilizados pelo Estado para alcançar a prevenção e contenção de toda e qualquer ação, individual ou coletiva, fomentadora da desordem.

Todavia, em que pese tamanho poder conferido ao Direito Repressivo, a atuação penal deve, inexoravelmente, sal-

vaguardar a dignidade da pessoa humana, evitando que os direitos a ela inerentes sejam solapados.

Dessa forma, os Direitos Humanos, por serem atinentes à vida, à integridade física, à liberdade, igualdade, e à segurança - independentemente de cor, sexo, origem, etnia, religião, opinião política, convicção filosófica, condição social ou econômica -, necessitam de aplicação plena, para que os valores, fundamentos e princípios constitucionais não sejam comprometidos pelo imponente poder punitivo estatal, imunizando assim, a força normativa da Lei Maior.

Daí a carência de um maior refestelamento jurídico e social, no que diz respeito à adequação dos instrumentos punitivos estatais, fazendo frente ao seu *jus puniendi*, e a real eficácia que estes produzem no atual contexto, levando-se sempre em conta, claro, o resguardo ao fundamento inserto no art. 1º, III, da Constituição Cidadã, a saber, a Dignidade da Pessoa Humana.

Em voz uníssona, Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 43) alerta para a importância da cominação penal observando-se os nortes da Dignidade Humana:

> Adotou a Constituição Federal o princípio da humanidade das penas, significando que o Estado, através da utilização das regras de Direito Penal, deve pautar-se pela benevolência na aplicação da sanção, buscando o bem-estar de todas as comunidades, inclusive dos condenados.

Sendo assim, o Direito Penal, exercendo, pois, dúbia função, no sentido de não só reprimir conflitos, mas antes de tudo, evitá-los, garantindo a ordem e a paz, deve ater-se, estritamente, a princípios norteadores e limitadores do poder punitivo estatal, entre eles, o Princípio da Subsidiariedade

e da Intervenção Mínima. Nesse diapasão estão as suntuosas lições de Claus Roxin (2008, p. 48), ao elucidar o caráter subsidiário deste, afincando que somente deverá ser utilizado quando, concretamente, todos os meios, em tese adequados à solução do problema, restarem ineficientes.

Assim, depreende-se que tanto o direito penal – e aqui fazendo-se uma interpretação lógica e pertinente – quanto a pena privativa de liberdade, devem ser utilizados como os mais derradeiros dos instrumentos a cumprir as finalidades da pena, evitando-se o convívio estigmatizante com o processo penal e o cárcere, que, diga-se de passagem, encontra-se em total falibilidade.

3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEITO

A pena acompanha a aurora da humanidade. Segundo o jurista Rogério Greco (2003, p. 546), a primeira pena aplicada na história das civilizações "ocorreu ainda no paraíso, quando, após ser induzida pela serpente, Eva, além de comer do fruto proibido, fez também com que Adão o comesse, razão pela qual, além de serem aplicadas outras sanções, foram expulsos do jardim do Éden".

Inevitavelmente, com o passar dos anos, os entes sociais sentiram a necessidade de elaborar normas hábeis a controlar a vida em sociedade. Normas estas que, se não cumpridas, trariam como consequência penalidades diversas. Assim também nasce o Direito Penal, em virtude da constante necessidade de existência de reprimendas em todas as épocas e culturas.

Dispondo de uma retrospectiva histórica, observa-se que as penas evoluíram diante de um sentido maior de humani-

zação. Imbuídos dos liceus revolucionários de Beccaria, em 1764, com sua obra "Dos delitos e das penas", o progresso revelou-se mediante a passagem do castigo corporal para a pena privativa de liberdade, galgando por diversos estágios.

No mais primitivo deles (primeiros grupos humanos até final do século XVIII) não havia escolas penais. Aqui a pena tinha caráter tão somente vingativo. É a fase da represália. Por ter cunho sacral, confundia-se muitas vezes com a ideia do pecado, não havendo qualquer proporcionalidade em relação ao delito praticado, violando, ainda, o hoje consagrado princípio da intranscedência da pena, visto que também se estendia a toda a tribo.

Os costumes evoluem e insere-se no cenário penal a conhecida "Lei de Talião" – vingança proporcional –, onde vige o brocardo "olho por olho, dente por dente", que aparece nas mais primitivas leis.

Especificamente na Europa do século XVI, surge a nova realidade social da Idade Média. Nesse período optou-se por obrigar os delinquentes a trabalhos forçados como forma de conter a criminalidade, e também alimentar o gritante processo capitalista. Assim, associava-se o aspecto ressocializador ao retributivo.

Já no estágio humanitário, período compreendido entre o final do século XVIII ao do século XIX, surge a Escola Clássica, com caráter penal de retribuição ética ou jurídica, intimidação e regeneração. Revela-se o empenho pela humanização das penas, por parte de Beccaria, influenciado pelo pensamento de Voltaire e Rousseau.

Por fim, o estágio positivo (final do século XIX à atualidade), inspirado na Escola Positiva, tendo em si elementos antropológicos, psicológicos e sociais inspiradores da pena e do tratamento carcerário. Neste momento, a pena é concebida como meio de defesa da sociedade em relação ao infrator das normas sociais.

Isto posto, é manifesto que o grande marco da humanização do Direito Penal e, consequentemente, da pena privativa do direito de locomoção, é a obra "Dos delitos e das penas", do filósofo Beccaria, precursor do Período Humanitário do Direito Penal.

A partir de então, a sanção estatal deixa de centrar-se no castigo físico e na tortura, inserindo a ideia de proporcionalidade e humanidade. Ademais, o século XVIII, palco do rançoso sistema penal, testemunha também um grande marco para a consolidação dos direitos inerentes a dignidade humana: o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, durante a Revolução Francesa de 1789.

Cada doutrinador tece seu conceito acerca de pena. Porém, é quase unânime que esta é uma espécie de retribuição estatal ao ilícito praticado (CAPEZ, 2002, p. 319).

Deveras, é preciso salientar que não há definição exata e precisa, dado que a evolução social impulsiona a fixação e os limites do que vem a ser pena. As constantes mudanças sociais fazem suceder uma verdadeira metamorfose nos valores a serem seguidos.

3.2 FINALIDADES DA PENA À LUZ DO ARTIGO 59, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Com supedâneo nos liceus de Celso Delmanto (2007, p. 123),

> [...] a função e a razão de ser da pena encontram-se umbilicalmente vinculadas à função e a razão de ser do Direito Penal, como instrumento excepcional e subsidiário de controle social, visando proteger bens considerados essenciais à vida harmônica em sociedade. Sociedade que pressupõe igualdade de direitos e respeito ao próximo em sua mais ampla acepção,

> fomentando-se o desenvolvimento de cada um dos seres humanos que a integram em sua plenitude.

Neste diapasão, com inteira correção, Claus Roxin (1997, p. 81), ao asseverar que a missão do Direito Penal é a de "servir à proteção subsidiária de bens jurídicos e com isso o livre desenvolvimento do indivíduo, assim como a manutenção de uma ordem social baseada neste princípio".

Sendo assim, a pena volta o seu olhar para o futuro (DELMANTO, 2007, p. 123). Ou seja, embora a punição tenha que se embasar na existência de um fato delituoso que, mediante o processo tipificado, restou cabalmente comprovado ter ocorrido preteritamente, a penalidade imposta ao infrator, e, acima de tudo, o seu modo executório, encontra na reintegração social e na ressocialização do apenado a sua razão de ser.

Com arrimo no art. 59 do Código Penal Brasileiro, a pena deve ser individualizada conforme seja necessário e suficiente à reprovação do delito praticado, com vistas à prevenção geral (reafirmando valores e desestimulando que outros pratiquem crimes) e à especial, mediante a ressocialização do condenado, objetivando a sua reinserção social (DELMANTO, 2007, p. 185).

Diante de uma evolução impactante pela qual passou o Direito Penal e, por consequência, a pena, emergiram diversas teorias a respeito da real finalidade da sanção penal imposta pelo Estado ao transgressor da norma penal. São elas, divididas didaticamente: Absoluta, Relativa e Mista.

A Teoria Absoluta, também chamada de Retribucionista, aduz que a pena tem caráter puramente compensatório. É, portanto, uma retribuição ao ilícito praticado, onde o mal justo da pena compensa o mal injusto do delito. Introduzindo a ideia de proporcionalidade, encontra fundamentos na lei de

Talião e no idealismo alemão, sobretudo com a teoria de Kant (MIRABETE, 2002, p. 244).

Importante frisar que a sociedade, em geral, corrobora com esta modalidade, anelando apenas a punição do indivíduo, este, na maioria das vezes, abjeto pelo meio que o rodeia. Para ela, irrelevante é o efeito social da pena ou o modo da sua aplicabilidade, sendo essencial a retribuição.

A Teoria Relativa, Preventiva ou Utilitarista, por sua vez, centra-se na ideia de que a pena tem escopo puramente preventivo, no sentido de evitar que novos delitos venham a ocorrer, e, dessa forma, proteger bens jurídicos relevantes ao Direito. A pena atuaria como meio idôneo de combate à ocorrência ou reincidência de crimes (DELMANTO, 2007, p.124).

Ao encontro dessa teoria, Beccaria (2013, p. 103), à literalidade:

> *É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.*

Por fim, a Teoria Mista, também conhecida Teoria Eclética ou Unitarista, como o próprio nome sugere, tenta conciliar o aspecto retributivo - proporcionalmente ao delito praticado – ao enredo preventivo. O atual Diploma Penal Brasileiro adotou-a em seu art. 59, asseverando que a fixação da pena deverá ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Num desfecho hermenêutico, Mir Puig (2014, p. 56) afirma que “entende-se que a retribuição, a prevenção geral e

a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo complexo fenômeno que é a pena".

Na prática, independente da teoria adotada, o magistrado deve aplicar a pena de maneira condizente com os parâmetros humanos e constitucionais, desde que contribuam para reinserir o indivíduo na sociedade, coibir a reincidência e puni-lo proporcionalmente à infração por ele praticada, jamais vilipendiando direitos ou negando o conteúdo mínimo da dignidade.

4. PUNIR OU RESSOCIALIZAR? UMA ABORDAGEM CRÍTICA COM ENFOQUE NOS DIPLOMAS NORMATIVOS DE DIREITOS HUMANOS

Cônscio de que os direitos humanos, para além de inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, é "um conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida ao ser humano baseada na liberdade e na dignidade" (OLIVEIRA, 2012, p. 19).

Dignidade que, ao inverso do que ocorre com as normas de direitos fundamentais, traduz-se como a característica inerente a todo ser humano, independentemente de fatores ou condições externas, existindo, tão somente, pelo simples fato de seu titular ser *persona*.

No presente aspecto, Ingo Sarlet (2005, p. 20) pondera que

> não se deverá olvidar que a dignidade [...] independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com os semelhantes, inclusive consigo mesmos.

Aí está o ponto fulcral. Quando se fala em dignidade, está se referindo a um valor que é indissociável do seu sujeito. Não pode ela ser perdida, violada, alienada ou solapada pelo ente estatal ou até mesmo pelos indivíduos que compõem a sociedade.

Dworkin (1998, p. 306-309) entoa que até os indivíduos que não possuem a capacidade de compreender a dignidade ou, quiçá, perdeu a sua consciência a respeito dela, merece vê-la considerada e, sobretudo, respeitada.

Nesse talante, a Organização das Nações Unidas - ONU, em 1948, elaborou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o fito de promover entre as nações dela integrantes a soma de esforços para a implementação de políticas públicas que primassem pelos preceitos contidos no referido documento (SANTANA; SANTORO, 2014, p. 1).

Foi ela assaz categórica ao afirmar, em seu artigo primevo, que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade" (sem itálico no original).

Já no artigo 5º, de maneira sobressalente, ilustra que "ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante", refletindo nítido caráter garantista.

De igual modo, o Pacto São José da Costa Rica, de 1969, incorporado ao ordenamento pátrio por meio do Decreto nº 678/92, reafirma a vedação imposta no art. 5º da Declaração Universal, bem como, no item VI, do seu art. 5º, esquadrinha que "as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados". Vai além ao estatuir que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral" – art. 5º, item I.

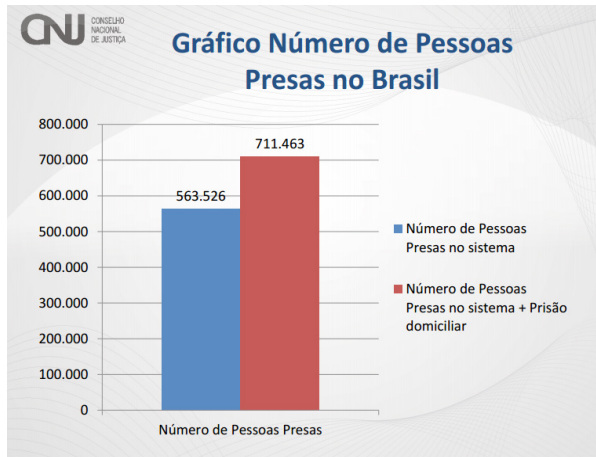
No mesmo toar, seguindo o exemplo internacional, a Lei Fundamental brasileira, foi assaz categórica no combate à degradação da dignidade humana, albergando o maior número de garantias individuais da história das constituições pátrias. No que tange a execução penal, em seu art. 5º, inciso XLIX, lampejou ser "assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, reafirmando a ideologia da dignidade, Dalmo de Abreu Dallari (2004, p. 14), pondera que:

> Os direitos humanos e fundamentais são iguais para todos os seres humanos, e esses direitos continuam existindo mesmo para aqueles que cometem crimes ou praticam atos que prejudicam as pessoas ou a sociedade. Nesse caso, aquele que praticou um ato contrário ao bem ou interesse de outrem, deve sofrer a punição legal prevista, mas sem esquecer que o fato de ter praticado um ilícito penal ou qualquer outro ato antissocial, não lhe retira a condição de pessoa humana, detentora dos direitos humanos.

Nada obstante o referencial teórico existente que subsidiam, em tese, a execução da pena privativa de liberdade, cabe destacar que a superlotação e as condições desumanas das unidades prisionais inibem a reintegração do apenado ao convívio social, contribuindo, com isso, para a alta taxa de reincidência que é superior a 70%, conforme dados do Relatório Regional de Desenvolvimento Humano (2013-2014) realizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Surgem então as incaláveis indagações: qual a real finalidade da pena privativa de liberdade? Qual a sua incessante busca? Vingar ou ressocializar?

Levando-se em consideração o novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, ascos são os números, conforme gráfico abaixo.

Figura 1 – Gráfico com o número de pessoas presas no Brasil

Fonte: CNJ, 2014.

O problema ventilado se agrava quando se depara com 373.991 mandados de prisão em aberto, sendo que há um déficit de 728.235 vagas, fruto da degradante superlotação (CNJ, 2014).

E mais: no ranking mundial dos 10 países com a maior população carcerária do mundo, o Brasil figurou em 4º lugar, com 563.526 detentos em regime fechado.

Figura 2 – Ranking dos 10 países com maior população prisional

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Ranking dos 10 países com maior população prisional

- Computadas as pessoas que estão em prisão domiciliar no Brasil, temos o seguinte ranking:

1.	Estados Unidos da América	2.228.424
2.	China	1.701.344
3.	Brasil	711.463
4.	Rússia	676.400
5.	Índia	385.135
6.	Tailândia	296.577
7.	México	249.912
8.	Irã	217.000
9.	África do Sul	157.394
10.	Indonésia	154.000

Fonte: CNJ, 2014.

A pena de cárcere engendra-se não a ressocializar – aliás, é até cômico falar em ressocialização de quem sequer um dia fora socializado, como ocorre na maioria dos casos –, mas estigmatizar e segregar os delinquentes, objetivo oculto da pena (FOCAULT, 2000, p. 208).

Percebe-se que, mesmo ante as máximas garantias individuais inerentes (em tese) à execução penal, a pena privativa de liberdade enfrenta sua decadência, justamente por falhar na sua finalidade declarada, a ressocialização do delinquente. Pelo contrário, parece mais real que esta estimule a reincidência (BITENCOURT, 2006, p.23) e zombe dos Direitos Humanos, negando, inclusive, a força normativa da Constituição.

Daiane Henkes (2012, p. 38), com precisão escrutina que

> [...] a superlotação dos presídios, a falta de higiene, as prolongadas prisões provisórias, a revista íntima nas mulheres da família dos detentos, a falta

> de estrutura tanto técnica como psicológica, são situações que evidenciam o quanto os direitos dos presos, apesar de assegurados normativamente, são desrespeitados.

É importante ressaltar que entre as competências estatais fixadas pela Lei Suprema está a promoção de políticas públicas garantidoras do mínimo social. Apesar disso, no Brasil, a injustiça social é severa, com uma das piores distribuições de renda, sem saúde, educação, alimentação e emprego de qualidade, revelando um Estado coator, que ataca consequências e não causas. Investimentos são direcionados a recursos prisionais objetivando assegurar à sociedade de que há punição ao crime. Todavia, no presente, é sabido que esta prisão se tornou um equívoco social real.

Ao mesmo tempo em que o Estado não investe recursos em acesso à serviços, é obrigado a aplicar verbas extras em programas ainda mais rigorosos de segurança, em dureza de punibilidade, quando já é notório que tais recrudescimentos não diminuem a violência. Pouco avança a geração de maior número de leis, penas, penitenciárias, uma vez que é axiomático que o cárcere não previne, ou evita a criminalidade, visto que o ambiente carcerário é palco de moldes distintos de delinquência aplicados no contexto da vingança social individual, evidenciada pelo rigor tirânico no tratamento penal.

A linha temporal histórica evidencia que a estrutura penitenciária é um obstáculo na recuperação dos internos. Presídios e penitenciárias brasileiras, universidades do crime, local de aperfeiçoamento de técnicas delinquentes, verdadeira ressocialização às avessas praticada por um poder paralelo ao Estado, liderado por organizações de detentos despersonalizados de humanidade. A partir daí, nascem regras, costumes,

código de ética próprio, onde prevalecerá o instinto de sobrevivência em se adequar aos novos princípios e valores morais (HERKENHOFF, 1998, p. 124).

Sem abrir mão do caráter subsidiário da pena privativa de liberdade, deve-se notar que, se a prisão existe, é necessária. Entretanto, o que não se admite é a sua utilização desmedida, indigna e sem discernimento jurídico e social, gerando sevícias sem precedentes aos Direitos Humanos Fundamentais. Tolera-se, por conseguinte, em caráter extremo, quando todos os demais meios, que não a pena de cárcere, revelarem-se falidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os problemas aqui elencados transparecem um sistema penitenciário falido e caótico. Um Direito Penal equilibrado objetiva limitar o poder incriminador do Estado, no sentido de que uma determinada conduta criminosa só deverá ser submetida a pena de cárcere quando os outros meios alternativos e menos gravosos, após exauridos, se mostrarem débeis. Se a sanção de dada conduta é possível por mecanismos distintos do castigo penal não há porque não aplicá-la.

Com o crescente avanço da criminalidade e aumento da insegurança, verifica-se a vinculação a ideia de que os crimes acontecem em virtude da impunidade ou da moderação das penas, acarretando um clamor social por um direito penal pautado única e exclusivamente no cárcere, especificamente com vistas a sua função retributiva, tratando abjetamente a sua finalidade reintegradora. É preciso atentar para o fato de que tanto a ação punitiva do Direito Penal, quanto o engajamento na pena privativa de liberdade devem ser os últimos recursos a ser utilizados para servir de resposta contra o crime, tornar o cárcere cada vez menos cárcere, bem como ressaltar a moderação necessária para garantir civilidade e dignidade. Isso por-

que, o enclausulamento nunca foi e nunca será - se continuar sendo aplicada dessa forma desarrazoada – instrumento idôneo a reduzir os índices de criminalidade e violência no Brasil.

Uma vez cumprida a pena, automaticamente "paga-se a dívida" perante a justiça. Contudo, o mero cumprimento dela em pena privativa de liberdade nada diz respeito com a resolução do conflito entre infrator e sociedade. Em conclusão, ao fim da pena, inevitavelmente, o condenado, tenha ou não se arrependido dos delitos cometidos, será posto em liberdade. E quando o indivíduo adentra nesta seara, como voltar à sociedade?

O cárcere sem atender a sua atividade fim é antagônico ao Estado Democrático de Direito que prega democracia, igualdade e liberdade, como também ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e respeito aos instrumentos nacionais e internacionais de proteção aos Direitos Humanos, tais como a Declaração Universal da ONU, o Pacto São José da Costa Rica e a Própria Lei Maior Brasileira. Nesta mítica democracia real não se concretizará a ressocialização, nem será recuperada a integridade física, moral, espiritual e a honra do preso quando do seu retorno ao convívio social.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Escala, col. Mestres Pensadores, 2008.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. 1. ed. São Paulo: Edipro 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal – parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil.* Brasília: 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 15 maio 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania.* 2. ed. São Paulo: Editora Moderna, 2004.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

DWORKIN, R. *El domínio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la liberdad individual*. Barcelona: Ariel, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões.* 26. ed. Vozes, 2000.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003.

HENKES, Daiane. *Direitos Humanos e o cárcere: uma abordagem crítica ao sistema prisional brasileiro.* Três Passos: 2012. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2183/MONOGRAMON%20DAIANE%20HENKES%2098.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 maio 2017.

HERKENHOFF, João Baptista. *Crime: tratamento sem prisão.* 3 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direitos Humanos.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948). Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 24 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica)*, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 25 maio 2017.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). *Relatório Regional de Desenvolvimento Humano 2013-2014.* Nova York: 2014. Disponível em: <http://www.pg.undp.org/content/dam/rblac/docs/Research%20and%20Publications/IDH/UNDP-RBLAC-ResumoExecPt-2014.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

______, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTANA, Adriel; SANTORO, Bernardo. *Direitos humanos: história, fundamentos e críticas.* Disponível em: <https://direitoeliberdade.jusbrasil.com.br/artigos/142841209/di-

reitos-humanos-historia-fundamentos-e-criticas>. Acesso em: 25 maio 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

UPP: NOVE ANOS DE UMA POLÍTICA QUE SE PERDEU

Lucas Gomes da Silva Pepicon

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, tem por referência a análise das Unidades de Polícia Pacificadoras (UPPs). Que surgem com o objetivo de levar infraestrutura e diminuição da violência em bairros periféricos.

A partir disso, houve um período no qual, havia uma expectativa, de moradores e do Estado, do sucesso deste novo modelo de segurança. E de fato, tal expectativa, foi confirmada.

Para compreendermos a expectativa dos moradores das comunidades em que se colocou o projeto, é necessário retornar as origens dos motivos que levaram o Estado a adotar essa política. Os modelos de policiamento tentados anteriormente, que não conseguiram longevidade e efetividade, mostram o caminho percorrido pelo Estado para conter a violência no município do Rio de Janeiro, principalmente nas favelas.

Com a violência chegando a níveis insustentáveis, o conflito na comunidade do Santa Marta foi o estopim para instauração do novo projeto. Após o sucesso desta pacificação, o mesmo método foi utilizado nas outras comunidades, obtendo resultados satisfatórios em seu período inicial, a mídia se

torna uma forte apoiadora do projeto, dando pouco destaque as críticas . Porém, o Estado ao implementar tal política de segurança, se comprometeu a não apenas melhorar os índices de violência, mas as regiões onde seriam implementadas, com infraestrutura, e a própria polícia com incentivos financeiros e reformas estruturais .

Nos anos subsequentes, se notou a ausência do Estado carioca, em relação aos anseios das populações, relegando aos policiais a tarefa de ouvi-los e atender na medida do possível. Mas, a confiança que se estabelecia entre policiais e moradores sofreu um abalo, após o "caso Amarildo" na favela da Rocinha, e não só a positiva relação entre policiais e moradores se desestruturou como o apoio da mídia também perdeu intensidade.

Cabe, portanto, entendermos, em quais pontos ocorreram a fragmentação dessa política. Para isso, é preciso também investigar as razões que levaram a este modelo de policiamento ao fracasso, fazendo com que bairros que tinha diminuído taxas de criminalidade tivessem um retrocesso.

1. A INSEGURANÇA DOS ANOS 90 E 2000

A violência no Rio de Janeiro se elevou na décadas de 90 e início dos anos 2000, porém já em 1980 começava a se estruturar o tráfico organizado nas favelas cariocas. Nestas localidades a ausência do Estado era visível, deixando um vácuo de poder que foi preenchido pelas organizações criminosas.

Se tornaram frequentes a disputa de território, entre traficantes, no controle de outras áreas, para aumentar a rede do comércio de drogas e, consequentemente, comprar mais armas. Assim, o Estado foi deixando, aos poucos, que o tráfico pudesse se organizar, financiar e fincar raízes em regiões carentes.

Na década seguinte, se intensificou a ação desses grupos, que se subdividiam por conflitos internos, alterando e redividindo os comandos dos morros cariocas. A partir daí, a população urbana passa a sofrer, com o aumento dessas atividades criminosas, criando um sentimento de insegurança.

O crescimento da violência, se situou no aumento no número de sequestro, com diversos casos famosos, no aumento no número de furtos no município do Rio de Janeiro, que em 1991 tinha 561,63 e em 1995, 595,33 (Ignacio Cano. 2004). Em uma comparação da pesquisa da FNAD DE 1988 e da ISER/FGV de 1996, a taxa de prevalência o furto ou roubo cresceu de 6,5% para 16,4% (Relatório de Desenvolvimento Humano do Rio de Janeiro).

Com os índices de criminalidade aumentando, a sensação de insegurança se espalhando das comunidades para a cidade, crescia a pressão da mídia para que o Estado tomasse atitudes para reduzir os comportamentos ilícitos.

2. POLÍTICAS DE SEGURANÇA

O ponto de partida, se dá no governo de Leonel Brizola (1983-1987), que nomeia o cel. Nazareth Cerqueira para o Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ). O cel. Cerqueira, antes de ser nomeado, participou de conferências no exterior para conhecer os modelos de policiamento, utilizados ao redor do mundo. E assim, ele entra em contato com os modelos de policiamento comunitário desenvolvidos no Japão, Canadá, e Estados Unidos.

E a sua grande preocupação foi trazer para o Brasil documentos que explicassem como viabilizar a constituição desses modelos e, por conseguinte, garantir a sua funcionalidade em distintos cenários. Quando nomeado, buscou incluir no plano diretor alguma menção a essa nova forma de prestação

do serviço policial que garantia não apenas mais efetividade em termos de prevenção do crime, mas sobretudo mais legitimidade e, por conseguinte, aceitação da polícia. Com isso, o primeiro documento oficial da PMERJ, no governo Brizola, já traz a proposta deste novo modelo:

> Promover, adaptando a estrutura policial militar às exigências da Segurança Pública, o ajustamento comportamental da organização dentro de uma nova concepção de ordem pública, *na qual a colaboração e a integração comunitária sejam os novos e importantes referenciais, o que implica um novo policial e uma nova polícia* [RIBEIRO, Ludmila M. L, 2014 apud Plano diretor, 1984-1987, p. 34, itálico da autora]

Esse ideal de policiamento comunitário harmonizava com os princípios de respeito dos direitos humanos e cooperação comunitária que orientavam a ação governamental. Empenhados na realização do projeto, em 1983, é inaugurado o Centro Integrado de Policiamento Comunitário (CIPOC), na área do 18° Batalhão[44]. Sua tarefa era, que os policiais se reunissem com os moradores para discutir os problemas que afetavam a ordem pública, e construir estratégias para a solução das causas do fenômeno.

Todavia, segundo Ludmila (2014), ocorreu que a polícia estava longe de assegurar a soberania do Estado em áreas carentes, mas impedindo que essas pessoas circulassem nas áreas mais "saudáveis" da cidade. O projeto foi descontinuado, posteriormente, por consequência da incapacidade policial de retomar o controle do território dominado por criminosos.

---

44. O 18.º Batalhão de Polícia engloba os bairros cariocas de Jacarepaguá, Pechincha, Freguesia, Tanque, Vila Valqueire, Taquara, Curicica, Cidade de Deus, Anil e Gardênia Azul. [RIBEIRO, Ludmila M. L, 2014, p. 290]

No período subsequente (1999-2003), o governador do Estado do Rio de Janeiro passa a ser Anthony Garotinho e para comandante da PMERJ é nomeado o cel. Sérgio da Cruz. As primeiras ações da Secretária de Segurança Pública e pela PMERJ, foram de diminuir a letalidade da ação policial, pois nos anos anteriores, houve um aumento dos casos de "autos de resistência".

Com vista a criação de um modelo de policiamento no qual o respeito pelas regras e os recursos prescritos nos regulamentos eram o ponto fundamental, foram elaborados e executados alguns programas de policiamento comunitário, sendo que o mais importante de todos foi o Mutirão pela Paz. Esse programa foi implementado na favela da Vila Pereira da Silva (Pereirão), em janeiro de 1999, e caracterizava-se pela combinação da presença contínua, porém respeitosa, da polícia com intervenções sociais que visavam o atendimento das demandas populares. É interessante destacar que, como decorrência do próprio Mutirão pela Paz, o Comando-Geral do Batalhão de Operações Policiais Especiais (BOPE) se instalou nessa área (Soares, 1999), nela permanecendo até aos dias de hoje.

Em Junho de 2000, é substituído o Secretário de Segurança Pública e o comandante da PMERJ. Apesar da substituição, o policiamento comunitário ainda seria o fio condutor dos programas que tinham o objetivo de retomada de territórios. E, assim, no segundo semestre de 2000, é criado o Grupamento de Policiamento em Áreas Especiais (GPAE), tendo como objetivo fundamental o combate a violência que atingia as áreas periféricas "a partir da filosofia e da estratégia da Polícia Comunitária" (RIBEIRO, Ludmila M. L, 2014 apud Carballo Blanco, 2002, p. 48).

> A proposta a ser desenvolvida pelo Grupamento de Policiamento em Áreas Especiais (GPAE) prevê formas e modalidades de serviço de polícia ostensiva

> e de preservação da ordem pública regular, combinando ações preventivas, articuladas com a comunidade, com medidas eventuais de repressão qualificada [RIBEIRO, Ludmila M. L, 2014 apud Carballo Blanco, 2002, p. 27].

Já em Abril de 2002, uma nova crise na segurança pública leva à troca do comando da PMERJ e, com isso, o cargo máximo da corporação passa a ser ocupado pelo cel. Francisco José Braz. Nesse último ano de governo, o policiamento comunitário consolida-se como categoria que identifica o serviço de policiamento que tem como objetivo principal promover o controle social das favelas, diagnosticadas como as áreas da desordem onde atuam as redes criminosas.

2.1 A IMPLEMENTAÇÃO DA UPP

Sérgio Cabral foi o governador eleito para o período de 2007-2011. Sua primeira providência foi nomear o comandante do Comando de Policiamento em Áreas Especiais (CPAE) para o cargo de comandante da PMERJ. Assim, ele buscava passar a mensagem de que o governo do Estado iria realizar ações que visassem retomar o controle de áreas das quais não exercia sua soberania.

Já empossado, o comandante elaborou um Plano Estratégico, que iria guiar as políticas para a PMERJ. Nesse documento, o problema da segurança pública é diagnosticado da seguinte forma:

> Nesse sentido, a violência e a criminalidade no Brasil, associadas à dinâmica do tráfico de drogas, têm território específico, idade, sexo e cor. *Ocorre nas favelas, nos conglomerados urbanos e na periferia desses espaços geográficos*, seus principais algozes e vítimas são jovens do sexo masculino, com idade

> compreendida entre 13 e 24 anos, na sua maioria negros [RIBEIRO, Ludmila M. L, 2014 apud Plano Estratégico 2008-2011, pp. 8-9, itálico nosso].

Para resolver tais problemas, o Plano Estratégico propunha a expansão dos GPAE para as comunidades consideradas de alto risco, e para as que ultrapassassem esse limite, a implementação seria, através de ações integradas entre o BOPE E GPAE. O BOPE entraria na parte de recuperação do território e, uma vez estabelecida a soberania estatal na área, o GPAE iria ocupá-la de forma integral. Apesar da semelhança entre este projeto e o que, posteriormente, passou a ser chamado de Unidade de Polícia Pacificadora (UPP)[45], a crise entre o governador e o comandante da PMERJ, este cargo passou para as mão do cel. PM Gilson Pita Gomes.

A UPP nasce, após um conflito na favela Santa Marta, em Novembro de 2008. Um grupo de criminosos apoderou-se de um prédio público e o tornou seu quartel-general, e deixando a população assustada devido a constante troca de tiros com grupos rivais. Diante disso, a PMERJ resolveu intervir e permanecer na área, para diminuir a troca de tiros, com a presença constante dos policiais verificou-se uma melhora na taxa de homicídios, a população passou a se sentir mais segura e, consequentemente, mudaram sua mentalidade em relação a organização policial.

Dentre os principais documentos produzidos durante esse comando com o propósito de regular quais seriam as regras e os recursos passíveis de serem engendrados na rotina diária das UPPs com base nos problemas e nas questões verificadas na favela Santa Marta, destacam-se os seguintes:

---

45. Para uma melhor compreensão das especificidades das UPPs ver: <http://desigualdadediversidade.soc.puc-rio.br/media/4artigo11.pdf>

> 1. Decreto-lei n.º 41 650 de 21 de janeiro de 2009: cria a Unidade de Polí- cia Pacificadora dentro da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro
>
> 2. Decreto-lei n.º 41 653 de 22 de janeiro de 2009: determina o pagamento de uma gratificação de R$ 500,00 mensais para todos os policiais lotados nas UPPs.
>
> 3. Nota n.º 202 do Boletim da Polícia Militar de 5 de fevereiro de 2009: insere a UPP do morro de Santa Marta dentro da Coordenadoria de Assuntos Especiais, que era a responsável pela coordenação dos GPAE, que, nesse momento, coexistiam com as UPP.[RIBEIRO, Ludmila M. L, 2014]

Além da bonificação, que atraiu muitos policiais a integrar esse novo modelo de policiamento, o fato do projeto ter apresentado, em pouco tempo, números positivos o tornou imune à críticas. Neste ponto a mídia teve papel importante ao se tornar, quase, porta-voz do governo, não fazendo ressalvas, nem dando destaque a quem tinha experiência e não concordava com o modo que se implementava e as inúmeras promessas sem um conjunto de metas práticos.

3. PAPEL DA MÍDIA NA CONSTRUÇÃO E DERROCADA DA UPP

A mídia foi uma das grandes fiadoras da política de segurança UPP, se tornando uma porta-voz, quase, oficial do governo. E foi mudando o discurso, de acordo com a mudança da perspectiva da sociedade e dos fatos que ocorriam nas UPPs, trocou-se o apoio pelas críticas.

Num primeiro momento, a imprensa abraçava a ideia de guerra ao tráfico como solução da criminalidade. Posterior-

mente no filme 5X Pacificação, José Beltrame, ex-secretário de Segurança, afirmava a necessidade de "um conjunto de coisas além da 'pacificação'", e este termo "pacificação" passou a virar um mantra dos meios de comunicação ao se referir a implementação das UPPs.

Depois do conflito no morro do Santa Marta e a implementação da primeira Unidade de Polícia Pacificadora, e sua ampliação para outras localidades, se falava muito sobre que não só policiais iriam resolver a segurança pública, e era necessário desenvolver socialmente tais regiões. De fato houve melhoras, durante o período inicial, em relação ao consumo e poucas na direção de infraestrutura.

Na mídia, os dados sobre a diminuição da violência, que de fato ocorreram, eram pontos positivos e tornavam o secretário de Segurança imune às críticas. O projeto teve seu ápice na ocupação da Vila Cruzeiro e do Complexo do Alemão, em Novembro de 2010, cuja cobertura rendeu prêmios ao *Jornal Nacional.*

Inúmeras reportagens sobre valorização do poder de compra de moradores, de imóveis, legalização de alguns serviços, como água, luz e TV a cabo. Com a proximidade dos eventos (Copa do Mundo e Olimpíadas), houve um ligeiro aumento na criminalidade urbana, mas a mídia manteve a proteção as UPPs, em dois editoriais no O GLOBO (2013 e 2014), mas já tecia algumas críticas e admitia a falta do desenvolvimento social prometido.

Tal mudança de comportamento, tem como base o trágico Caso Amarildo, no qual em Julho de 2013, durante a "Operação Paz Armada", policiais militares da UPP da Rocinha, sumiram, e nunca mais se apareceu, com Amarildo ao levá-lo para ser interrogado. Este caso teve repercussão nacional, diversos protestos pedindo e perguntando sobre o que de fato havia ocorrido e onde os policiais o esconderam. Neste momento, o secretário sofreu pressão de variados setores, e afir-

mou “que os excessos seriam punidos, mas pediu um voto de confiança à população.”

No intervalo entre os eventos, teve eleição para Governador, na qual o Luiz Fernando Pezão venceu, e já se iniciava a crise política do Estado do Rio de Janeiro, o RJTV fez uma série mostrando as diferenças da pacificação de favelas na Colômbia e do Rio de Janeiro, com críticas já mais agudas e uma possível falência do projeto.

Ao fim das Olimpíadas, o Estado do Rio de Janeiro já enfrentava uma grave crise financeira e a crise política se aprofundara. Sem recursos para o pagamento de salários de policiais militares , civis, de servidores públicos e geral, a infraestrutura dos comandos da UPP passaram a ficar sem recursos, já não havia mais confiança entre policia e moradores. Assim, a mídia passa a falar sobre o fim de tal política de segurança pública.

4. DESGASTE DA POLÍTICA DE SEGURANÇA

O desmonte da política de segurança, caminhou em conjunto, com a falta de infraestrutura que o Estado deveria realizar nas regiões. Deixando, os policiais com responsabilidades, além das quais sua função determina.

A presença policial tornou-se o único vínculo entre a sociedade da comunidade e o Estado. Passou, posteriormente, a ser o “fiel da balança” em decisões que afetariam, por estar em contato direto e não ter o apoio do Estado, o seu relacionamento com os moradores, como determinar quais festas poderiam ser realizadas, até que horário estas funcionariam, entre outros conflitos.

Esse desamparo do Estado com as UPPs, pode ser verificada na falta de coordenação entre entes que deveriam se auxiliar, como a Polícia Militar e a Polícia Civil. Após, o “período de ouro” das UPPs, houve um afastamento das demais

forças de segurança, segundo o Major Marcelo Corbage. A falta de efetivo e o treinamento célere também são fonte de reclamação pela Corporação Militar, pois oito dias não é um número adequado de tempo para que se possa aprender dois módulos, sendo que o segundo é de extrema importância, o treinamento para uma polícia cidadã.

Já sem apoio dos setores da mídia, o surgimento de casos de abuso de autoridade em comunidades pacificadas, desestabilizou o frágil elo entre Polícia e moradores. Após o caso Amarildo, mesmo com a punição dos policiais envolvidos, o laço de confiança entre eles se perdeu, afetando o trabalho dos próprios policiais, pois voltava a criar um vácuo que seria retomado pelas organizações criminosas.

Com isso, a relação entre moradores e policias, foi se deteriorando, ao ponto de criar um ambiente propício, para a reorganização de grupos criminosos em áreas antes pacificadas. Paralelo a isso, a forte crise financeira do estado do Rio de Janeiro, colaborou para a falta de estrutura do projeto de segurança, fazendo com que a expectativa gerada em torno das pacificações, fosse diluída rapidamente.

5. MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia da pesquisa tem como objetivo analisar a evolução da relação da UPP em relação a mídia e as comunidades em que foram implementadas . E para esta avaliação com análise de pesquisa uma revisão bibliográfica, fazendo uma interlocução não apenas com a produção acadêmica existente sobre a temática, mas também com informações oficiais disponíveis, buscando assim estabelecer quais foram os avanços e retrocessos da política de segurança do estado do Rio de Janeiro.

Como ponto de partida para a pesquisa bibliográfica, uma analise de artigos acadêmicos e científicos, livros, notícias.

Buscando analisar, da melhor forma possível, as avaliações feitas durante este período, tendo visões de todos ângulos que possam colaborar para entendermos melhor o que foi esse processo e qual as consequências que trouxe ou trará.

Sob uma, análise empírica, é possível ver a transformação do comportamento dos moradores comparando o momento inicial e os dias atuais do período das UPPs. Por exemplo, a Cidade de Deus, que fica próxima da região onde teve eventos olímpicos, a desvalorização de imóveis, volta de troca de tiros, comércio de drogas à céu aberto, pessoas portando armas, faz o bairro retornar ao período “pré-UPP”.

Isto, é algo perceptível, em todas as comunidades onde os locais preferem não comentar sobre as UPPs. Sobre eles paira o medo de sofrer represálias de policiais ou criminosos, criando uma clima de terror em que não se sabe em quem confiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos, aferir, que as UPPs surgem como um modelo de policiamento que buscava se integrar com as áreas periféricas do Rio de Janeiro. Mas, devido a diverso fatores, de falta de recursos a erros operacionais e logísticos, o projeto de segurança corre, atualmente, riscos de ser descontinuado.

Apesar das divergências entre moradores sobre o projeto das UPPs, segundo a pesquisa da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), mostra que 87,4% dos moradores de UPPs antigas, Cidade de Deus entre elas, querem a permanência da UPP. Isto mostra que, mesmo o projeto de segurança, não conseguir satisfazer todos os desejos básicos dos moradores, conseguiu ao menos atender alguns deles.

O mesmo, não pode ser avaliado dos policiais, na pesquisa realizada pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CE-

SeC), 35,5% dos policiais, em 2014, se dizia insatisfeito sendo policial de UPP, o motivo principal de insatisfação são as condições de trabalho ruins, que somou, 24,9%. Desta forma, os policiais acabam, por estarem desmotivados, não ficando focados em construir um relacionamento positivo com os moradores.

Tais pesquisas, servem para compreendermos o projeto teve seus acertos, porém a midiatização positiva, ao invés de ser reflexiva, atrapalhou, pois a blindou de críticas necessárias e que a ajudariam no momento inicial. O governo, se aproveitou do resultado inicial, e a utilizou como base de propaganda para a eleição do ano 2014, sem se preocupar com a possibilidade de criar um projeto de longo prazo sem barreiras partidárias.

Contudo, a maior perda da sociedade é a quebra da confiança mútua entre policiais e moradores de favelas. Uma relação que não existia antes da implementação das UPPs, de extrema desconfiança entre ambos, mas ao iniciar a política de segurança as expectativas e projeções criaram uma animosidade e parceria, perdeu-se a visão de que o outro era seu "inimigo". Com certeza, tal perda, se deve lamentar, pois levará muitos anos para que se possa reconstruí-la.

Por fim, é certo que o projeto de segurança tem seus erros, porém descontinuá-lo seria uma atitude exagerada. O prudente, é o Estado buscar conciliar, dentro de seus recursos financeiros, os interesses da comunidade e dos policiais, investindo no local para criar uma infraestrutura que consolide os direitos básicos dos moradores, e consequentemente, a soberania estatal.

REFERÊNCIAS

5X PACIFICAÇÃO. Produção de Renata Almeida Magalhães e Carlos Diegues. Direção de Cadu Barcellos, Luciano Vidigal, Rodrigo Felha, Wagner Novais. Rio de Janeiro, Brasil, 2012. (86min.). Disponível em: . Acesso em: 02/04/2017.

Notícias de uma Guerra Particular. Produção de Raquel Freire Zangrandi. Direção de João Moreira Salles, Kátia Lund. Rio de Janeiro, Brasil, 1999. (57min). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=EAMIhC0klRo . Acesso em: 04/04/2017

AGOSTINI, Renata. **Nasce um bairro: Cidade de Deus.** Revista EXAME. 18 fev,2011 <http://exame.abril.com.br/revista-exame/nasce-um-bairro/> Acesso em: 15/02/2017

BURGOS, Marcelo Baumann, et al. **O Efeito UPP na Percepção dos Moradores da Favela**. Desigualdade & Diversidade – Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio, nº 11, ago/dez, 2011, pp. 49-98. Disponível também em: http://desigualdadediversidade.soc.puc-rio.br/media/4artigo11.pdf . Acesso em: 13/03/2017

CANO, Ignacio (coord.). Os donos do morro: Uma avaliação exploratória do impacto das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) no Rio de Janeiro. Relatório de pesquisa. Rio de Janeiro, LAV/UERJ e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2012. Disponível em http://www.lav.uerj.br/docs/rel/2012/RelatUPP.pdf . Acesso em: 03/05/2017

COELHO, DIEGO; PROVENZA, MARCELLO; **BALANÇO DE INDICADORES DA POLÍITICA DE PACIFICAÇãO (2007-2015);** 2016**;** Artigo completo em: http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/BalancodeIndicadoresdaPoliciadePacificacao2015.pdf . Acesso em: 20/04/2017

DE CASTRO, VITOR MONTEIRO; **O papel da mídia na construção do discurso de “pacificação” no Rio de Janeiro;** Comun. & Inf., Goiânia, GO, v. 18, n. 02, p. 198-216, jul./dez. 2015 Caderno Casadinho Procad UFG-UFRJ;

Disponível em: https://www.revistas.ufg.br/ci/article/view/38641 . Acesso em: 15/05/2017

Entrevista de Luiz Eduardo Soares a René Ruschel. **UPP: origens, perspectivas, contextos institucionais e conjunturas políticas**. 1 dez,2011 <http://www.luizeduardosoares.com/?p=854> Acesso em: 15/01/2017

A NECESSÁRIA reação ao surto de violência. O Globo, Rio de Janeiro, p. 6, 2014.

UPP é patrimônio da sociedade. O Globo, Rio de Janeiro, p. 6, 2013 .

RIBEIRO, Ludmila M. L. (coord.); SILVA, Klarissa A. & SILVA, Marcella C. de. **O nascimento da polícia moderna: uma análise dos programas de policiamento comunitário implementados na cidade do Rio de Janeiro (1983-2012).** Análise Social, 211, xlix (2.º), pp. 272-309. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/266378965_O_nascimento_da_policia_moderna_uma_analise_dos_programas_de_policiamento_comunitario_implementados_na_cidade_do_Rio_de_Janeiro_1983-2012?el=1_x_8&enrichId=rgreq-f56d67a9bc10a444a91abc5496ec1239-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzI2NjM3ODk2NTtBUzo0MDE0OTI1MzMxMDQ2NDFAMTQ3MjczNDY4NzE1OA> . Acesso em: 21/04/2017

Ribeiro, Ludmila; Vilarouca, Márcio Grijó; **Dimensionamento dos impactos sociais das UPPs em favelas cariocas**. 2016; Disponível em: http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/fgvopiniao/2016PesquisaFGVOpiniao_UPPsFavelasCariocas.pdf . Acesso em: 21/04/2017

Santos, Juliana Guedes Costa. **O poder da mídia sobre a ideia de pacificação na sociedade pós-UPP**. 2016; Dis-

ponível em: http://www.repositorio.uff.br/jspui/bitstream/1/2514/1/MONOGRAFIA%20juliana%20guedes%20 2016.1.pdf . Acesso em: 20/05/2017

EL EMPLEO DE MEDIOS TELEMÁTICOS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE ALEJAMIENTO: ESPECIAL REFERENCIA AL NUEVO TIPO DEL 468.3 CP.

María Castro Corredoira

INTRODUCCIÓN.

En los últimos años, los avances alcanzados en nuevas tecnologías han tenido importantes repercusiones en los distintos ámbitos del plano social, entre ellos, en el jurídico. En este sentido, el derecho se ha visto beneficiado por los logros tecnológicos, y ha visto así ampliadas sus opciones, en diferentes ramas, como por ejemplo en el ámbito procesal, al habilitarse la posibilidad de prestar declaración a través de videoconferencia; o bien el desarrollo de dispositivos GPS para realizar un control de seguimiento de algunos delincuentes, siendo precisamente éste último el tema que nos ocupa en el presente trabajo.

En esencia, se abordará la configuración legal de la utilización de medios telemáticos para el control y vigilancia de delincuentes condenados por delitos relacionados con la violencia de género. Asimismo, se expondrá el uso de estos dispositivos, el contenido de las normas que los regulan, y al-

gunas cuestiones conexas controvertidas. Para finalizar, será objeto de explicación el nuevo tipo penal del art. 468.3 CP, introducido en el Código Penal mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, cuyo objetivo primordial fue dar respuesta a algunas de las controversias antes aludidas pero que, lejos de lograr este objetivo, ha producido un efecto totalmente contrario, consecuencia de la más que dudosa idoneidad de su redacción.

1. REGULACIÓN

El artículo 48 del Código Penal fija el contenido de la pena de alejamiento, estructurándose en cuatro párrafos, de los cuales, los tres primeros concretan, respectivamente, el contenido específico de cada una de las modalidades conocidas de la pena de alejamiento. Así, el art. 48.1 CP se dedica a la prohibición de residencia, el 48.2 CP se refiere a la prohibición de aproximación y, por último, el tercer apartado alude a la prohibición de comunicación. Cierra este precepto un cuarto apartado, incluido en el Código Penal conforme a la reforma operada mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, donde se establece la posibilidad de utilizar la monitorización electrónica para controlar el cumplimiento de las medidas de privación del derecho a residir en determinados lugares, y las prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima, conforme al tenor que sigue:

> El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios telemáticos que lo permitan.

Esta posibilidad, contemplada ab initio para las prohibiciones reseñadas en su función de penas accesorias, pronto

se amplió a los supuestos en que su adopción se acordase con carácter cautelar. Así lo dispuso la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que en su art. 64.3 reconoció la discrecionalidad del juez para acordar el empleo de medios e instrumentos que gocen de la tecnología adecuada para verificar que el inculpado cumple la prohibición de aproximarse a la persona protegida, a cualquier lugar donde ella se encuentre, así como a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella. Para verificar dicho cumplimiento, el juez ha de fijar una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida, so pena de incurrir en responsabilidad penal.

Con el fin de completar este cuadro normativo, el Consejo de Ministros del Gobierno de España firmó un acuerdo el 21 de noviembre de 2008, mediante el que se encomendó al Ministerio de Igualdad, al Ministerio de Justicia y al Ministerio del Interior la adopción de las medidas necesarias para, en primer lugar, lograr una adecuada implantación de los medios telemáticos que asegurase la detección de la proximidad de los agresores por violencia de género; y, en segundo lugar, poner en marcha un sistema de seguimiento por medios telemáticos idóneo para comprobar el efectivo cumplimiento de las medidas de alejamiento en casos de violencia de género.

En atención a dicho acuerdo, posteriormente, se configuró un Protocolo de actuación para el control telemático de las medidas de alejamiento. Dicho instrumento fue aprobado por los Ministerios del Interior e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial el 8 de julio de 2009. En un primer momento, este protocolo de actuación estableció unas pautas para supuestos de adopción de medidas de naturaleza cautelar, ampliándose, posteriormente, a los casos de ejecución de penas, siempre que el condenado no se hallase en prisión (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011, p.62).

2. DEFINICIÓN.

Los medios telemáticos son, en esencia, los mecanismos y dispositivos electrónicos empleados para detección de la proximidad. La eficacia y efectividad del sistema se encuentran condicionadas a que ambos víctima y agresor porten los dispositivos, y los empleen de forma correcta. En caso de que la víctima no los porte, únicamente se garantiza el seguimiento en relación a las zonas de exclusión fijadas en la resolución judicial (como pueden ser el lugar de trabajo o el domicilio). Si es el agresor el que no lo lleva, su eficacia es nula[46].

Cada pareja de dispositivos se puede asociar únicamente a una víctima, portando el agresor un transmisor que va fijado a su cuerpo (a una muñeca o a una rodilla) y una unidad de rastreo. Ambas unidades operan de forma conjunta, pues el transmisor emite una señal constante que permite verificar que el agresor porta el dispositivo GPS, y a la vez permite localizarlo y detectar posibles manipulaciones de estos dispositivos.

Por su parte, la víctima porta un dispositivo GPS de alerta en movimiento que emite una señal (sonora, visual y/o de vibración) cuando el transmisor del condenado se encuentra dentro del rango de alcance establecido, en cuyo caso se envía una alerta o una alarma al Centro de Control, aunque la víctima también tiene opción de presionar el botón de pánico para informar sobre una incidencia.

3. OBJETIVOS.

El uso de los dispositivos comentados se orienta hacia la consecución de una serie de objetivos o finalidades. Primor-

46. Vid. Conclusiones del VIII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la mujer, celebrado en Madrid los días 8 y 9 de octubre de 2012, donde se recomienda a los fiscales que deben velar por un uso adecuado de los dispositivos, y en caso de que sólo porte el dispositivo la víctima, interesarán la retirada del mismo, mientras que en caso de que sea únicamente portado por el condenado, tras la valoración de las circunstancias del caso concreto, solicitarán lo que proceda.

dialmente, favorecen la seguridad y protección de la víctima (efecto protector) (MIRAT HERNÁNDEZ; ARMENDARIZ LEÓN, 2006, p.107), a la par que aseguran y verifican que el agresor cumple con las prohibiciones que le han sido impuestas mediante resolución judicial (efecto sancionador). En esta línea, el empleo de medios telemáticos busca un efecto preventivo, esto es, disuadir al infractor de aproximarse a la persona protegida y/o a alguna de las zonas de exclusión. Se pretende, por tanto, evitar que se quebrante alguna de las prohibiciones impuestas, ya que, en este sentido, la corroboración del quebrantamiento mediante el uso de dispositivos electrónicos supone una valiosa prueba documental de cargo.

4. COMUNICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN.

Una vez adoptada la decisión judicial de control telemático de la pena, la resolución ha de ser comunicada, en el plazo de 24 horas, al Centro de Control, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad territorialmente competentes, a los puntos de recepción centralizada designados en cada territorio, al agresor, y a la víctima. En la comunicación que se efectúe al Centro de Control, han de ser incluidos una serie de datos. Como datos personales de las partes implicadas (agresor y víctima), son requeridos el NIF/DNI o pasaporte, nombre y apellidos completos, dirección postal de residencia y teléfonos de contacto. El Centro de Control dará de alta estos datos en el sistema y, asimismo, hará constar el cuerpo policial encargado de la protección de la víctima, así como el periodo de vigencia por el que ha sido acordada la medida y su control telemático.

5. IMPLANTACIÓN.

Durante las 24 horas siguientes a la recepción de la comunicación de la resolución judicial que acuerde la utilización del

sistema de detección de proximidad aquí descrito, el Centro de Control deberá ponerse en contacto con la víctima, a fin de concretar con ella la fecha, hora y lugar en que se procederá a la implantación de su dispositivo. Preferentemente, el lugar donde se llevará a cabo la implantación será el del domicilio de la víctima. En caso de no ser posible, se realizará en dependencias policiales, o bien en sede judicial, siendo éste último, precisamente, el lugar en que se implanta el dispositivo al condenado.

Una vez realizada la implantación individualizada de ambos dispositivos, víctima y condenado tienen obligación de dejar constancia escrita de haber recibido los dispositivos y la guía de uso pertinente, así como de haber sido informados acerca del funcionamiento y mantenimiento del dispositivo.

6. TIPOS DE SEÑALES EMITIDAS.

Los dispositivos empleados pueden emitir dos tipos de señales, en función de la gravedad de la incidencia que quieran advertir: alarmas y alertas. Las alarmas se reservan para los casos más graves, restando las alertas para el resto de incidencias. Más en concreto, las alarmas advierten de la entrada del condenado en una de las zonas de exclusión fijadas en la resolución judicial que dictó el alejamiento. En estos supuestos, el Centro de Control pondrá este hecho en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a fin de activar el operativo policial adecuado para la protección de la víctima, a la que también se informará de la situación.

Asimismo, las alarmas advierten de aquellos supuestos en que, no habiéndose producido todavía el quebrantamiento de la medida, el agresor se encuentra próximo a la víctima y/o a alguna de las zonas de exclusión, cuando se ha producido una pérdida de la cobertura del sistema de localización.

Por último, informan de la existencia de una incidencia técnica grave, esto es, cualquier incidencia que afecte a cualquiera de los componentes del sistema y, en consecuencia, ello suponga el cese de su funcionamiento (vgr. rotura del brazalete, la extracción del mismo sin ruptura o la descarga de la batería). En estos casos, el Centro de Control advertirá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad territorialmente competentes y, en caso de que durante la comunicación no se restaure la incidencia, también se pondrá sobre aviso a la persona protegida.

En cualquiera de los casos señalados, el Centro de Control elaborará un informe que remitirá a la unidad policial responsable de la protección de la víctima, a la Autoridad Judicial y al Ministerio Fiscal. Cuando la alarma sea consecuencia de la entrada del inculpado en la zona de exclusión, el informe también será enviado al punto de contacto policial que sea encargado (a nivel provincial) de remitir a la unidad que instruya atestado por el posible quebrantamiento de la medida o pena de alejamiento.

Las alertas, por su parte, advierten de supuestos menos graves, como es el caso de una incidencia técnica leve, es decir, cuando la incidencia afecte a los componentes del sistema de forma que se perturbe su normal funcionamiento, pero esto no provoque la interrupción del dispositivo. En estos casos, el Centro de Control no informará, salvo que exista una situación de riesgo.

También se emite alerta en casos en que el condenado se aproxime a la persona protegida o bien a alguna de las zonas de exclusión. En estos supuestos fácticos, cuando parezca que el quebrantamiento es inminente, el Centro de Control se pondrá en contacto con el condenado con el objetivo de evitar que incumpla la medida, pues, de lo contrario, la señal emitida pasará a ser de alarma, y se procederá en la forma en que se indicó anteriormente.

Por último, se emiten alertas en casos en que la víctima presione el botón de pánico. En estos supuestos el Centro de Control se pondrá en contacto con la mujer para verificar si se trata de una llamada accidental o si realmente se debe a una situación de riesgo.

7. CUESTIONES MÁS CONTROVERTIDAS.

7.1 EL CONSENTIMIENTO DEL AGRESOR.

Una de las cuestiones de interés más controvertidas en lo relativo al empleo de medios telemáticos como mecanismos de control de medidas de alejamiento es la relativa al consentimiento del agresor. A este respecto, el ordenamiento jurídico español no establece ninguna directriz, por lo que resulta difícil determinar si es necesario no que el agresor preste su consentimiento para portar un dispositivo de control electrónico. Con carácter general, se mantiene que dicho consentimiento no es requerido, por entender que la obligación de portar una pulsera o un reloj que facilite el control no supone un trato denigrante para la persona portadora, si bien es cierto que, para lograr la operatividad de la medida, es necesario que el sujeto colabore (OTERO GONZÁLEZ, 2008, p. 62).

Sin embargo, en otros países vecinos el tratamiento es de esta cuestión es mucho más claro. Es el caso de Portugal, en cuyo ordenamiento jurídico recoge expresamente, en la Lei 112/09, de 16 de Setembro, de Regime Jurídico Aplicável à Prevenção da Violência Doméstica e à Protecção e Assistência suas Vítimas. En concreto, su art. 36[47] dispone que, para que se

47. Vid. art. 36 (consentimento) Lei 112/09: "1 - A utilização dos meios técnicos de controlo à distância depende do consentimento do arguido ou do agente e, nos casos em que a sua utilização abranja a participação da vítima, depende igualmente do consentimento desta.
2 - A utilização dos meios técnicos de controlo à distância depende ainda do consentimento das pessoas que o devam prestar, nomeadamente das pessoas que vivam

pueda acordar el uso de estos dispositivos, es necesario el consentimiento de ambas partes implicadas, víctima y agresor, así como de las personas que vivan con el agresor, e incluso terceros que pudieran llegar a verse afectados por estas medidas.

No obstante lo expuesto, el art. 38[48] de la misma ley dispone que, en aquellos casos en que el juez que conozca del caso concreto decida que el control telemático es necesario e imprescindible para la protección de la víctima, no será necesario recabar el consentimiento de ninguna de las partes[49].

7.2 LA CALIFICACIÓN PENAL DE LAS CONDUCTAS.

El empleo de mecanismos telemáticos de control también ha generado polémica en lo que atañe a la calificación penal de que han de ser merecedoras ciertas conductas del agresor, por ejemplo, cuando fractura el dispositivo de forma intencionada, o no respeta sus normas de funcionamiento.

---

com o arguido ou o agente e das que possam ser afetadas pela permanência obrigatória do arguido ou do agente em determinado local.
3 - O consentimento do arguido ou do agente é prestado pessoalmente perante o juiz, na presença do defensor, e reduzido a auto.
4 - Sempre que a utilização dos meios técnicos de controlo à distância for requerida pelo arguido ou pelo agente, o consentimento considera-se prestado por simples declaração deste no requerimento.
5 - As vítimas e as pessoas referidas no n.º 2 prestam o seu consentimento aos serviços encarregados da execução dos meios técnicos de controlo à distância por simples declaração escrita, que o enviam posteriormente ao juiz.
6 - Os consentimentos previstos neste artigo são revogáveis a todo o tempo.
7 - Não se aplica o disposto nos números anteriores sempre que o juiz, de forma fundamentada, determine que a utilização de meios técnicos de controlo à distância é imprescindível para a proteção dos direitos da vítima".

48. Vid. art. 38 (Medidas de apoio à reinserção do agente) Lei 112/09: "1 - O Estado deve promover a criação das condições necessárias ao apoio psicológico e psiquiátrico aos agentes condenados pela prática de crimes de violência doméstica, bem como àqueles em relação aos quais tenha recaído decisão de suspensão provisória do processo, obtido o respetivo consentimento. 2 - São definidos e implementados programas para autores de crimes no contexto da violência doméstica, designadamente com vista à suspensão da execução da pena de prisão."

49. Vid. en este sentido Portaria no220-A/2010, de 16 de abril, de Meios Técnicos de Teleassistência, donde se recogen las condiciones de utilización inicial de los medios técnicos de teleasistencia, previstos en los aptdos 4 y 5 del arta. 20, y de los medios de control a distancia previstos en el art. 35 de la Lei 112/09.

Con anterioridad a la reforma operada mediante la LO 1/2015, se proponían diferentes soluciones, en atención a la conducta concreta del penado.

En la resolución judicial que acuerde el empleo de dispositivos electrónicos debe constar el requerimiento de colaboración del agresor[50], so pena de incurrir en un delito de desobediencia (art. 556 CP) cuya aplicación se planteaba para supuestos en que el dispositivo deviniese inoperativo o ineficaz como consecuencia de la acción voluntaria e intencional del agresor, tal y como apuntó la Fiscalía General del Estado en su Circular 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de violencia sobre la mujer.

Para los casos en que el penado fracturara intencionadamente el brazalete, se diferenciaban dos supuestos: si se trataba de una acción aislada o si, por el contrario, a dicha actuación se unía otra de invasión de alguna zona de exclusión. En el primer caso, únicamente sería imputable un delito de desobediencia (art. 556 CP), así como, en atención al valor pericial de los daños derivados de la fractura del dispositivo, un delito de daños del art. 263 CP. Por el contrario, en el segundo supuesto, se cometería también un delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP.

50. El requerimiento de colaboración ha de constar en la resolución judicial, y los fiscales han de velar porque así sea, como se concluyó por los Fiscales Delegados especialistas en materia de violencia de género, en el Seminario celebrado en Antequera en el año 2010. Vid. también el referido Protocolo de actuación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género, cuyo apartado 2.2 establece que "el inculpado dejará constancia por escrito de que le han facilitado el DLI, que le han explicado su funcionamiento y las normas básicas de mantenimiento y que las ha comprendido". Dicho Protocolo fue elaborado a propuesta de la Comisión de Seguimiento del Protocolo de actuación para la implantación del Sistema de Seguimiento por Medios Telemáticos de las Medidas de Alejamiento en materia de Violencia de Género, y aprobado por el Comité Técnico de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía judicial en su reunión de 13 de diciembre de 2011.

7.3 EL NUEVO TIPO DEL ART. 468.3 CP: INUTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS DE CONTROL DE CUMPLIMIENTO DE PENAS Y MEDIDAS.

Con la reforma introducida en el Código Penal mediante la LO 1/2015 se ha introducido un nuevo apartado al artículo 468 CP, con el fin de dar respuesta a la inutilización de dispositivos de control de cumplimiento de penas y medidas, tal y como reza el propio Preámbulo de la LO 1/2015, al señalar que este nuevo tipo

> Ha surgido con el fin de contemplar, de forma específica, los problemas que se han planteado en relación al empleo de estos dispositivos para controlar medidas cautelares y penas de alejamiento en materia de violencia de género.

El tenor de este nuevo precepto 468.3 CP establece que:

> Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses.

El precepto ha sido objeto de duras críticas, dada su pobreza técnica[51] y su más que dudosa idoneidad para dar

51. Vid. en este sentido, el Manifiesto de Catedráticos de Derecho Penal de treinta y cinco Universidades Públicas españolas, p.1, donde han recalcado que la reforma evidencia "una enorme pobreza técnica"; Vid. También en este sentido el Manifiesto del Grupo de Estudios de Política Criminal, p.2 que ha insistido en "los múltiples y variados

respuesta al objetivo que inicialmente se proponía. En este sentido, en primer lugar, como se señala en el Preámbulo de la propia reforma, la intención del legislador, a la hora de configurar la tipificación aquí comentada, era la búsqueda de una respuesta específica a la inutilización de dispositivos de control de cumplimiento de las penas de alejamiento de los arts. 48.1 y 48.2 CP (prohibición de residencia y prohibición de aproximación respectivamente) y las medidas cautelares adoptadas en el contexto de la violencia de género, en virtud de lo dispuesto en el art. 64.3 LO 1/2004 (GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, 2007, pp. 124-126). Sin embargo, el texto definitivo del art. 468.3 CP no incluye ninguna referencia expresa a que las conductas tipificadas sean, en exclusiva, las producidas en ese ámbito específico de violencia. Consecuencia de ello, esta cuestión es susceptible de interpretación (CONSEJO FISCAL, 2013, pp. 300-302). Algunos autores ya se han manifestado acerca de este extremo, como por ejemplo Abel Souto (2015, p.1230), que mantiene que, al no fijar taxativamente la norma los supuestos a que se refiere, nada obstaría para que, a priori, se contemplase la posibilidad de que resultase también aplicable a otros supuestos, como por ejemplo, al seguimiento telemático de la localización permanente (permitido en el art. 37.4 CP), a la prohibición de comunicación (art. 48.3 CP), al control de los permisos de salida (si así lo establece el equipo técnico en su informe, conforme al art. 156.2 del Reglamento Penitenciario), a la medida de libertad vigilada (106.1.a CP) o al cumplimiento de la prisión

---

errores técnicos de que adolece la reforma, puestos insistentemente de manifiesto no sólo por expertos en la materia, sino también por las más altas instituciones llamadas a pronunciarse -desde El CGPJ, al Consejo de Estado, pasando por el Consejo Fiscal-, cuyas opiniones no han sido atendidas en la medida en que merecían serlo. La precipitación en la reforma y la ausencia de otra justificación que no sea la mera propaganda determinan que nos veamos en la obligación de calificar el texto como muy deficiente técnicamente, lo que producirá sin duda problemas de interpretación y aplicación que derivan en mayor inseguridad de la ciudadanía sobre el espacio de actuación penal".

en régimen abierto (art. 86.4 Reglamento Penitenciario). Por ello, en su opinión, esto podría llevar a situaciones un tanto particulares, puesto que, en el caso de la libertad vigilada, las incidencias surgidas durante el control podrían resolverse con una modificación de las obligaciones o de las prohibiciones; o por ejemplo, en un supuesto de régimen abierto, con la regresión en grado o durmiendo en la cárcel.

Otro aspecto sumamente debatido es el pivotante en torno a las conductas tipificadas en el nuevo precepto. El texto del art. 468.3 hace alusión a "inutilizar", "perturbar", "no llevar" y "omitir".

Como ya había indicado la Fiscalía General del Estado en la Circular 6/2011, las conductas referidas a dispositivos electrónicos se concretan en las que provocan la ineficacia del sistema, o aquellas que conllevan la fractura de algún mecanismo. No obstante, y como han apuntado Martínez Derqui y el Consejo Fiscal (2013, p. 300-302), en relación a las conductas de "perturbar" y "omitir", el legislador debería haber incluido una alusión expresa a la intencionalidad del sujeto activo, incluyendo un inciso del tipo "a propósito", con el fin de evitar "la tipicidad de conductas carentes del necesario contenido de antijuridicidad material y con infracción del principio de subsidiariedad y de intervención mínima".

En tercer lugar, se ha cuestionado la adecuación de la ubicación sistemática del precepto. En este sentido, el Consejo Fiscal[52] y el Consejo General del Poder Judicial advirtieron, en sus respectivos informes al Anteproyecto, de que la inclusión de este tipo como una modalidad de quebrantamiento era inadecuada. El bien jurídico protegido en el delito de quebran-

52. Vid. CONSEJO FISCAL, Informe al Anteproyecto, *cit*., donde apunta que esta ubicación sistemática "es contraria a las reflexiones previas del propio legislador y puede provocar, finalmente, problemas de interpretación e, incluso, dificultar la adecuada persecución de aquellos actos que sí supondrían un auténtico incumplimiento de la medida cautelar o pena para cuyo control se acordó la imposición de aquellos mecanismos".

tamiento es la efectividad de las resoluciones judiciales que contienen una medida cautelar o una pena de alejamiento. Sin embargo, la imposición de un dispositivo telemático como mecanismo de control, lejos de tratarse de una pena o de una medida cautelar, únicamente se configura como un mecanismo que busca asegurar la propia efectividad de las penas y de las medidas cautelares tal y como recogen el art. 48.4 CP y el art. 64.3 (apartado 2º) de la LO 1/2004, respectivamente. En este sentido, tanto el Consejo Fiscal como el Consejo General del Estado aconsejaron seguir los criterios propuestos en la mencionada Circular 6/2011, y calificar los comportamientos que tienen por objeto dejar sin eficacia el dispositivo como una modalidad específica del delito de desobediencia del art. 556 CP. Sin embargo, la Comisión de Justicia, en su Dictamen sobre el Proyecto de la reforma, de 16 de enero de 2016, sí consideró adecuada su regulación en el quebrantamiento.

Por último, la pena de multa de 6 a 12 meses para los casos de violencia sexista también se ha tildado de inapropiada por el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial. En este sentido, y como bien ha apuntado Abel Souto (2015, p. 1235), el precepto no se ha ceñido en exclusiva a la violencia sexista, y además, en cualquier caso, esta pena pecuniaria afectará a la víctima en aquellos casos en que la mujer dependa económicamente del agresor, pero no en muchos otros, donde la mujer es patrimonialmente independiente.

BIBLIOGRAFÍA.

ABEL SOUTO, Miguel. “Inutilización de dispositivos de control de cumplimiento de penas y medidas”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CONSEJO FISCAL. *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 1/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal*. Madrid, 8 de enero de 2013.

COMISIÓN DE JUSTICIA. *Dictamen sobre el proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Madrid, 16 de enero de 2015.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer*.

GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GUINARTE CABADA, Gumersindo. Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género. *In:* RODRÍGUEZ CALVO, María Sol; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando (Dirs.). *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MARTÍNEZ DERQUI, Javier. *Encuentro Taller sobre conclusiones extraídas de los últimos informes elaborados por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*. Buenas prácticas judiciales, 2013.

MINISTERIO DEL INTERIOR, MINISTERIO DE IGUALDAD, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Protocolo de actuación para el control telemático de las medidas de alejamiento, 2009.

MIRAT HERNÁNDEZ, Pilar; ARMENDARIZ LEÓN, Carmen. *Violencia de género versus violencia doméstica: conse-*

cuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., 2006.

OTERO GONZÁLEZ, María Pilar. Control *telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, Fernando (Dir.). *Violencia contra la mujer. Manual de derecho penal y proceso penal: adaptado a la Ley 1/2015, de reforma del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

LEI 11.343/06: A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O SEQUESTRO DA JUVENTUDE BRASILEIRA

Mário José Bani Valente

INTRODUÇÃO

O trabalho em questão intentará expor uma temática extremamente relevante para a realidade do Direito Penal brasileiro, tendo em vista a cada vez maior necessidade de que este seja rediscutido em linhas emancipatórias. Sendo assim, o objetivo que aqui se coloca é identificar através do Direito Penal Crítico e da Criminologia Crítica os argumentos e fatos que proporcionam a compreensão da Lei 11.343/06 enquanto simbólica no que se refere a busca pela pena exemplar, a sedução punitiva e o sequestro da juventude, especialmente aquela pobre, negra e das favelas do Brasil. Se apropriar da Criminologia Crítica, como nos ensina Alessandro Baratta (1999), significa estender o campo do Direito Penal à crítica do Direito desigual e também estudar o processo de criminalização, identificando neste processo sua marcante seletividade e os nós entre o Sistema Penal e a sociedade capitalista.

Assim, busca-se os elementos e perspectivas presentes nas obras e estudos de autores e autoras críticas ao Sistema

Penal, entender como este atua de forma seletiva e efetivamente atinge a juventude brasileira. Para tanto, inicia-se tal proposta através da reconstrução histórica da criminalização de entorpecentes pela análise da evolução da legislação brasileira. Passa-se a uma análise de específicos artigos da lei supracitada, procurando demonstrar como sua construção legislativa permite uma prática judicial seletiva e expansiva.

Faz-se mister dizer que se fará uma análise metodológica indireta, visto que partiremos de estudos empíricos já dados para alcançar os objetivos propostos. Dessa forma, após esta abordagem, o objeto de investigação adquire um viés contemporâneo que, através de dados de instituições de pesquisa brasileiras e da evocação de autores críticos, procura apontar para o tratamento legal seletivo por "classe, cor e local" (WACQUANT, 2001). Por fim, objetiva-se analisar a complexidade deste tema no mundo contemporâneo, de forma a apresentar e reafirmar a pungente necessidade de que tais modelos repressivos sejam repensados.

1. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A primeira experiência internacional de combate ao uso de drogas ocorreu em 1912, com a Conferência Internacional do Ópio, nela inúmeros países se fizeram presentes, dentre eles o Brasil. Tinha-se por objetivo buscar interromper o crescente uso da substância e seus derivados. Dessa forma, desenhou-se a primeira política criminal brasileira em relação às drogas, classificada por Nilo Batista (1997) como uma intervenção seguindo o modelo médico-sanitário, no qual "o viciado atual (já toxicômano ou simples intoxicado habitual) é um doente que precisa de tratamento, e não de punição" (HUNGRIA, 1958).

Os aprimoramentos e retificações das intervenções legais brasileiras ocorreram, nesta época, de forma espaça e pouco significativa. Porém, com a promulgação do Código Penal Brasileiro em 1940, tem-se uma pequena, porém, relevante mudança. Dedica-se um capítulo ao "Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes", composto por apenas cinco artigos, onde há a equiparação da posse e do porte ao tráfico, mas, sem criminalizar o consumo.

Nos anos seguintes, é perceptível a escalada do ideal proibicionista relativo às drogas, lançado notadamente pelos EUA, que compilou esforços em diversos países para sua repressão. Tais esforços são extremamente marcados por uma conotação moralista, que se faz essencial, como poderá ainda ser visto, para a conhecida "guerra às drogas". Tal ascensão é contemporânea ao momento de ruptura institucional proporcionada pelo golpe militar de 1964, que modifica completamente o panorama brasileiro. Assinala Nilo Batista (1997) para o fato que o regime ditatorial favoreceu a adoção do modelo bélico, considerando a droga como um inimigo do estado e o traficante como um invasor (OLMO, 1990), motivo pelo qual houve a alteração do artigo 281 do Código Penal com o advento da Lei n.º 4.451, de 4 de novembro de 1964.

Em que pese presente as medidas tomadas, o combate às drogas mais efetivo teve início com a Lei n.º 6.368 de 1976, isso porque, o Brasil aderira à Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), que coordenou ações internacionais para a repressão da droga, e a formação do Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos (1971). A nova legislação tinha como componentes a prevenção, tratamento, reabilitação, fiscalização e repressão, além de distinguir tipologias do traficante e usuário, a segunda com penas mais brandas.

As medidas tomadas pelo Brasil quanto ao combate às drogas mostraram-se ainda mais endurecidas com a Constituição

Federal Brasileira de 1988, que em seu artigo 5º, inciso XLIII, determinou inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática do tráfico ilícito de drogas e afins. Logo em 1990, a Lei n.º 8.072 classificou o crime de tráfico ilícito de drogas como equiparável ao hediondo, proibindo o indulto, a liberdade provisória e impossibilitou a substituição por uma pena restritiva de direitos. Nesse sentido, aponta Batista (1997) que

> "O modelo bélico da política criminal imprime suas marcas também no procedimento judiciário, a começar pela contradição de julgar alguém que, por constituir-se num inimigo, deve ser implacavelmente abatido (isto é, condenado). Tal contradição ficará exposta nas múltiplas tolerâncias para com violações ao devido processo penal, no preconceito generalizado contra as garantias constitucionais dos acusados por tráfico de drogas." (BATISTA, 1997)

Diante da exigência de um tratamento diferenciado ao consumidor e traficante, o qual não fora observado até aquele momento, entra em vigor a Lei n.º 11.343/2006. No que se refere a nova lei deve-se atentar, especialmente, a dois artigos, quais sejam, os artigos 28 e 33 da lei em estudo. Desse modo, parte-se às críticas dos artigos mencionados.

2. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Ao se falar do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, percebe-se que, inclusive, "manteve a incriminação dos 18 núcleos previstos no caput do artigo 12 da Lei 6.368/76, alterando apenas a terminologia para 'drogas' ao invés de 'substâncias entorpecentes ou que determine dependência física ou psíquica', prevista na lei anterior" (GRECO FILHO, 2008). Cabe aqui expô-lo:

> "Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa" (Lei 11.343/06)

A presença de dezoito núcleos é de se surpreender, mas cumpre função essencial na amplitude de controle objetivada através deste marco normativo, ela significa um contexto extremamente repressivo, punitivista e proibicionista. Frente a isso, combinado à intensificação do mercado ilegal, há uma maior criminalização, especialmente aquela que atinge a pobreza. Desse modo, criminaliza-se "as principais vítimas dos efeitos perversos da exclusão globalizada: a juventude pobre de nossas cidades recrutada pelo mercado ilegal e pela falta de oportunidades imposta pelo atual modelo econômico" (MALAGUTI BATISTA, 2002).

A Lei n.º 11.343/2006, no seu artigo 1º, institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, prescrevendo "medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada, ao tráfico ilícito de drogas e define crimes".

Tal inovação significa uma política de atenção vai de encontro ao consumo, dando atenção aos usuários e dependentes químicos e a reinserção destes na sociedade, não cominando a eles penas privativas de liberdade por prática de consumo, conforme disposto no artigo 28 da referida lei:

> “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; II - medida educativa. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (Lei 11.343/06)

Dessa forma, a conduta do usuário é penalizada com medidas educativas, consideradas como *sui* generis. O que se percebe, portanto, é que as condutas tipificadas no artigo 28 da Lei 11.343/2006 não são mais passíveis de serem cominadas com a pena privativa de liberdade. As penas previstas nesses casos são classificadas como alternativas se, e somente se, for considerado pelo juiz que a substância em questão era para consumo próprio. É nesse sentido que se faz necessária a análise do parágrafo segundo do artigo 28 da Lei de Drogas.

Deve-se aqui se atentar “às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta” do agente, que fazem parte do campo de análise e ponderação do juiz para determinar se a substância ilícita em questão se destinava a consumo próprio ou não. Pode-se concordar que tais critérios são elementos subjetivos e amplamente abertos a interpretações extre-

mamente carregadas por estigmas sociais, possibilitando a concretização desses no campo da hermenêutica judicial e a possibilidade real da institucionalização das linhas abissais (SANTOS, 2007) no Direito Penal brasileiro.

A análise subjetiva sobre a conduta do agente não somente significa um conflito de pensamentos acerca do entendimento do que seria uma conduta considerada ideal, mas também abre caminho para a personificação do "inimigo do direito penal" (ZAFFARONI, 2007). Como trabalhado por Raúl Zaffaroni:

> "A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a esses seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com a relação ao princípio do Estado de direito." (ZAFFARONI, 2007)

Para o melhor entendimento da problemática de uma interpretação subjetiva e que se sustenta no autor e em suas condições como pessoa e não no fato, deve-se colocar em questão o artigo 33 da Lei de Drogas. Ao se contrapor os verbos núcleos dos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06, observa-se que se repetem cinco verbos núcleos, quais sejam, "adquirir, guardar, tiver em deposito, transportar ou trouxer consigo". Isso significa que, caso determinada pessoa em determinado caso, exercer algumas dessas ações e a substância ilícita não

seja considerada para consumo próprio, esta será sancionada com uma pena privativa de liberdade e não com medidas alternativas como preveem os incisos I, II e III do artigo 28. Entretanto, em uma prática forense tradicionalmente excludente, tais espaços para critérios subjetivos são propícios para a expansão e aplicação da punição disposta no artigo 33.

Conclui-se que tal análise excludente e subjetiva da conduta do agente, baseada em estigmas sociais institucionalizados nos tribunais, significa clara afronta aos direitos fundamentais e, principalmente, simbolizam a lógica seletiva do Estado Penal (WACQUANT, 2001) brasileiro. Esse Estado Penal sugere a desregulamentação da economia e a destruição do Estado Social (*welfare*), acarretam e exigem o fortalecimento do Estado Policial e Penal, demonstrando o papel que o sistema penal desempenha na gestão da pobreza e no controle social moderno.

Como consequência, tem-se o "hiper-encarceramento" (WACQUANT, 2003), este se difere do encarceramento em massa, pois demonstra um diagnóstico diferente ao punitivismo e que leva também a conclusão de uma causa diversa para o tal fenômeno, isso porque: "O encarceramento em massa sugere que o confinamento diz respeito a grandes extensões da cidadania (como acontece com os meios de comunicação, a cultura e o desemprego em massa)"[53] (WACQUANT, 2010), que age seletivamente por "classe, cor e local" (WACQUANT, 2001).

Tal realidade pode ser comprovada com dados de pesquisa realizada pelo Infopen (2014). Sabe-se que a população carcerária brasileira é majoritariamente negra e jovem – 61,67% e 55,07%, respectivamente. O mesmo estudo possibilitou interessante conclusão:

---

53. Tradução livre de: "Mass incarceration suggests that confinement concerns large swaths of the citizenry (as with the mass media, mass culture, and mass unemployment)" (WACQUANT, 2010).

> "É importante apontar o grande número de pessoas presas por crimes não violentos, a começar pela expressiva participação de crimes de tráfico de drogas - categoria apontada como muito provavelmente a principal responsável pelo aumento exponencial das taxas de encarceramento no país e que compõe o maior número de pessoas presas." (INFOPEN, 2014)

Tendo a Lei 11.343/06 se omitido acerca da quantidade necessária para configurar tráfico ou consumo, ficou à discricionariedade do juiz definir o destino dos agentes "desviantes". Tais "desviantes" são, como dito, majoritariamente jovens e as consequências, até o momento, apontam para a contínua expansão do Estado Penal. Cabe agora entender como é a atuação seletivamente sobre essa parcela populacional.

3. O SEQUESTRO DA JUVENTUDE BRASILEIRA

Nilo Batista (1997) descreve a política criminal de drogas no Brasil como uma "política com derramamento de sangue". A política de combate passou do tratamento sanitário para o tratamento repressivo a partir de 1964, em meio à política de segurança nacional adotada pela ditadura militar no Brasil. Dessa forma, são mais de 50 anos no aprofundamento do nosso fracasso. Nunca se deve descolar dessa discussão que tal "guerra" é fortemente influenciada por aspectos religiosos e morais da sociedade brasileira, pois "não há nada mais parecido com a inquisição medieval do que a atual guerra santa contra as drogas, com a figura do traficante-herege que pretende apossar-se da alma de nossas crianças" (BATISTA, 2000).

Em seus estudos Vera Malaguti (2002) aponta que o combate as drogas são como um tigre de papel:

> “(...) sua fraqueza provém de sua força. Sua forma e seu discurso de cruzada, moral e bélico, tem realizado muitas baixas, mas nada tem feito contra o demônio que finge combater: a dependência química. Esta só pode ser tratada com um olhar radicalmente diferente e que rompe com a esquizofrenia de uma sociedade que precisa se drogar intensamente, mas que precisa demonizar e vulnerabilizar as vítimas desse modelo perverso: dependentes químicos de substâncias ilegais, jovens e negros pobres das favelas do Brasil, camponeses colombianos ou imigrantes indesejáveis no hemisfério norte.” (MALAGUTI BATISTA, 2002)

Tal apontamento reflete a lógica dessa política nos países latino-americanos, especialmente o Brasil. No contexto brasileiro ela representa a grande responsável pela criminalização da juventude pobre e negra das periferias: “Cerca de 49% dos adolescentes que entram no sistema penal estão envolvidos com drogas (38% por tráfico, 11% por consumo)” (MALAGUTI BATISTA, 2003). Dados da pesquisa “Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil” (2014) demonstram que a população carcerária jovem continua a crescer, visto que em 2005, 96.288 presos pertenciam ao grupo de jovens ao passo que no mesmo período os que tinham mais de 30 anos eram 61.954. Já em 2012, 266.356 presos tinham até 29 anos e 214.037 mais de 30 anos.

Entender a relação entre juventude e drogas é entender o porquê desse extrato social estar sempre no foco do controle social, especialmente do penal. A juventude é energia fundamental na constituição no mercado de mão-de-obra. Na passagem do capitalismo mercantil ao industrial os jovens se tornam ainda mais importantes, e nesse contexto também surgem as prisões como pena. Autores como Melossi e Pavarini, ao estu-

darem a relação entre cárcere e fábrica, tratam da verdadeira fusão entre o cárcere e a fábrica, ou seja, a fábrica como cárcere, ou o cárcere pensado como fábrica, nas perspectivas dos autores "os detidos devem ser trabalhadores; os trabalhadores devem ser detidos" (MELOSSI, PAVARINI, 2006).

É desta forma que controle social sobre a juventude se constituiu no ocidente, uma vez que tal força produtiva é essencial e aqueles que não se adequam a essa lógica na "liberdade" externa devem entendê-la internamente nas "prisões da miséria" (WACQUANT, 2001). Tal política de ação penal tem contornos mais dramáticos no lado colonizado, como o do Brasil, "onde a população envolvida em conflitos, presa ou assassinada, vai-se constituir basicamente da população pobre e negra, com idade entre 14 e 24 anos" (MALAGUTI BATISTA, 2003)

Portanto, o advento do neoliberalismo e a ascensão do Estado Penal (WACQUANT, 2001) estão intimamente ligados com a manutenção de uma política já falida, política essa "com derramamento de sangue" (BATISTA, 1997) nas periferias das cidades brasileiras. O belicismo da política de controle das drogas está submetido à militarização ideológica da segurança, onde há um inimigo declarado que deve ser destruído. Não obstante, as escolhas políticas no combate as drogas e suas consequências são grandes e graves produtoras de violações aos direitos humanos, afetam a vida de milhares de moradores, por detenções ilegais, mandados de busca generalizados, saques às residências, lesões corporais e finalmente execuções.

Parte-se, portanto, para o entendimento de como se dá concretamente a relação entre a juventude rica e a juventude pobre com as drogas, onde esses indivíduos se posicionam nesse grande mercado? Para tanto é interessante notarmos a lógica através de Nilo Batista:

> “(...) o que é essa entidade, tráfico? Heresia. Existem garotos pobres que têm pai, mãe, nome (...). Pobres com suas obras criminais toscas; suas lambanças. (...) só querendo vender um mato para os garotos ricos. (...). É o único emprego do garoto que tem 14 anos. Como é que o pai vai convencê-lo a ganhar 240 por mês, se ele pode ganhar 400 por semana para soltar rojões?” (BATISTA, 2003)

Ao analisar essa breve fala podemos identificar dois pontos crucias: o jovem pobre e negro como fornecedor ou “ajudante do tráfico”, o jovem rico como usuário. Não se pretende aqui fazer uma ode à punição, aliás, a perspectiva adotada até o momento no presente estudo é de Criminologia Crítica e da reflexão sobre a própria existência da pena privativa da liberdade como solução para problemas que deveriam ser tratados em outros âmbitos. Entretanto, não se deve distanciar-se da realidade que tal discurso repressivo apresenta “uma visão dicotômica da sociedade, aos jovens consumidores, integrantes dos estratos sociais mais altos, aplica-se o paradigma médico; enquanto aos jovens vendedores, integrantes dos substratos baixos, aplica-se o paradigma criminal” (MALAGUTI BATISTA, 2003). Tal lógica é extremamente paradoxal, flagrando, mais uma vez, a necessidade de repensar esse modelo.

O sistema penal tem uma visão seletiva sobre os jovens infratores que culmina em uma diferenciação no tratamento a jovens pobres das periferias e aos jovens ricos. Há uma aceitação velada sobre o consumo de drogas, de modo que se pode dizer que o problema não é a droga em si, mas como controlar aquela parcela da juventude considerada perigosa. Em seus estudos, Vera Malaguti apresenta que são poucos os casos de análise do ponto de vista da droga em si:

> “Em geral os processos se relacionam às famílias “desestruturadas”, às “atitudes suspeitas”, ao “meio ambiente pernicioso à sua formação moral”, à “ociosidade”, à “falta de submissão”, ao “brilho no olhar” e ao desejo de status “que não se coaduna com a vida de salário mínimo” (MALAGUTI BATISTA, 2003)

Tendo dito isso, o que se percebe é que ao longo dos anos essa política de derramamento de sangue se pode perceber seu grande fracasso: “aumentou a produção, a comercialização e o consumo de forma constante, cresceu a corrupção entre as forças de combate e observamos dados impressionantes de mortos e feridos pela guerra em si” (MALAGUTI BATISTA, 2003). Em um primeiro olhar pode-se crer que seja difícil compreender o porquê de apesar do grande fracasso tal política punitivista ainda ser apoiada.

Primeiramente, o discurso do medo e a personificação do inimigo são essenciais, nesse sentido “concentrar o medo numa parte da população que pode ser nomeada, reconhecida e localizada é absolutamente estratégico” (MALAGUTI BATISTA, 2003). Ademais, a construção histórica possibilitada por Vera Malaguti em seu estudo “O medo na cidade do Rio de Janeiro”, permite afirmar, mais uma vez o papel da comunicação em massa, pois, em grande medida, “A luta pela hegemonia do discurso criminológico se dá na esfera das comunicações (...)” (MALAGUTI BATISTA, 2003). Os grandes representantes da comunicação em massa não circulam e não pretendem circular estudos científicos sobre o controle das drogas e suas consequências, principalmente nas grandes metrópoles, pelo contrário, seu noticiário e grade de programas contribui sensivelmente para a manutenção do discurso proibicionista e genocida. É nesse sentido que Vera Malaguti afirma:

> “É por isso que afirmamos que a grande política social da contemporaneidade neoliberal é a política penal. A qualquer diminuição de se poder os meios de comunicação em massa se encarregam de difundir campanhas de lei e ordem que aterrorizam a população e aproveitam para se reequipar para os novos tempos” (MALAGUTI BATISTA, 2003).

Tendo todos esses aspectos sob análise, Vera Maluguti (2002, 2003) nos propõe um caminho que deverá ser trilhado caso acredite que tal modelo deve ser superado. Segundo a socióloga brasileira primeiramente é necessário enfrentar a lógica do pensamento penal, o segundo passo é combater uma verdadeira “esquizofrenia” de uma sociedade que se droga cotidianamente, mas não tem o mesmo olhar para a juventude indesejável nas periferias globais: latino-americanos, africanos, árabes, pobres em geral. Por fim, levar a reflexão de como a criminalização da juventude está intimamente ligada com as escolhas político-econômicas neoliberais e sua necessidade de uma mão de obra estocada, que se constituía enquanto “útil e dócil” (FOUCAULT, 2013).

Portanto, através da análise proposta podemos perceber pontos importantes na relação entre drogas e a juventude: as diferentes formas de tratamento legal; quem são os jovens criminalizados; o papel da criminalização das drogas do ponto de vista neoliberal, ou seja, como a ação sobre a juventude é importante para a expansão do pensamento capitalista e a detenção da força produtiva; e, por fim, o grande fracasso do sistema que mantém o “derramamento de sangue” nas cidades brasileiras.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo investigar à luz da legislação, da doutrina e dos estudos críticos acerca do “cam-

po jurídico" (BOURDIEU, 1989), as mudanças relacionadas às penalidades impostas aos toxicodependentes ao longo da história legislativa brasileira. Através de uma análise cronológica tornou-se possível identificar a construção do Estado Penal no Brasil, que possibilita a manutenção de uma lógica do sequestro dos corpos jovens e negros, através da exclusão, repressão e punição. Ademais, a contraposição entre os artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006 permitiu discutir as oportunidades expansivas de um sistema viciado em "vigiar e punir" (FOUCAULT, 2013).

O que se conclui, até o momento, é o perceptível esvaziamento e abandono das diretrizes de um Estado de Bem-Estar-Social, em seu lugar, há a emergência de um Estado Penal que tem como missão se desfazer do refugo social que é resultado da seletividade capitalista. De forma que se busca verificar o processo de criminalização deste coletivo como solução para os desafios proporcionados por uma estrutura de Estado que incita as diferenças econômicas e sociais, dificultando a inserção de todos os cidadãos dentro da dinâmica social.

No Brasil, esta estratégia já começa como opção punitiva desde a justiça para menores, não se tratando apenas de uma criminalização direcionada ao jovem, indo além, e buscando raízes mais profundas ao impor a estigma criminal também ao indivíduo menor de idade e desde muito cedo se encarregando de encaminhar estes marginalizados para um status de subclasse.

Logo, compreende-se a criminalização da juventude pobre e negra pelas atuais políticas criminais de drogas como parte de um processo histórico de preconceito e exclusão da periferia na expansão do capitalismo. Neste processo é necessário e estratégico trabalhar o medo, criar um inimigo. É assim que se fez e se faz desde as primeiras revoltas do povo negro na primeira metade do século XIX (MALAGUTI BATISTA, 2003).

Cabe aqui dizer que este estudo é resultado parcial de pesquisa que ainda deve e necessita ser aprofundada, especialmente através da análise de processos judiciais das Varas Criminais locais, possibilitando compreender o qual profunda e enraizada é a sedução pela punição dentro dos ambientes forenses e suas consequências sobre o próprio ensino jurídico brasileiro, objetivando encontrar novos caminhos e a possibilidade emancipatória dos mesmos.

Portanto, a política criminal de drogas merece reforma, sendo necessária uma mudança radical, que caminhe rumo a um modelo médico, humano e social, que respeite vontades individuais e não produza mortes. Para além de uma maior humanização, é necessário rediscutir a ilegalidade e criminalidade das drogas. Dessa forma, será possível encontrar propostas que procurem sanar a letalidade por enfrentamento ou por desinformação sanitária. Por tais fundamentos a pesquisa científica, é fundamental para apuração de dados, e levantamento de resultados que venham a influenciar em uma política pública verdadeiramente humanitária e emancipatória.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GUILHERME, Vera Maria. **Drogas e Governamentalidade**: uma análise crítica da recente política criminal legislativa uruguaia. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=15322a5c9ba9bef2 >. Acesso em: 29 maio 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 1997.

______. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

______. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

______. Todo crime é político. **Caros amigos**, VII, n.º 77. Agosto/2003, p. 28 a 33.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 maio 2017.

______. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 29 maio 2017.

______. **Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964.** Altera a redação do artigo 281 do Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4451.htm> Acesso em: 29 maio 2017.

______. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 29 maio 2017.

______. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 29 maio 2017.

______. **Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 29 maio 2017.

______. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 29 maio 2017.

______. **Mapa do Encarceramento**: os jovens do Brasil/ Secretaria-Geral da Presidência da República. Brasília, 2014. Disponível em: <http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0009/3230/mapa-encarceramento-jovens.pdf.> Acesso em: 31 maio 2017.

______. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**. Ministério da Justiça. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 31 maio 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir***:* nascimento da prisão. Rio de Janeiro: Vozes, 2013

GRECO FILHO, Vicente. **Lei de drogas anotada:** Lei n.º 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2008

HABIB, Sérgio. A nova lei de tóxicos e a despenalização do uso de drogas. **Revista Jurídica Consulex**, n.º 139, ano VI, 2002.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MALAGUTI BATISTA, Vera. O tribunal das drogas e o tigre de papel. **Cidadania e Justiça, Rio de Janeiro**, v. 12, p. 189-193, 2002.

______. **Difíceis ganhos fáceis**: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003

______. Drogas: um outro olhar. **Outro Olhar Revista de Debates**, Belo Horizonte, v. 3, p. 56-59, 2003.

______. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

______. **Crianças, adolescentes, pobreza, marginalidade e violência na América Latina e Caribe: relações indissociáveis?.** Rio de Janeiro: Quatro Irmãos/FAPERJ, p. 253-260, 2006.

MELOSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e a fábrica**: as origens dos sistemas penitenciários (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga.** Rio de Janeiro: Revan, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. **Novos estud. CEBRAP**, nº 79, São Paulo, Nov., 2007.

ROSÁRIO, Cinthya do. (2008). **Lei antidrogas: despenalização ou descriminalização do porte de drogas para uso pessoal**. Disponível em: <siaibib01.univali.br/pdf/Cinthya%20do%20Rosario.pdf>. Acesso em: 26 maio 2017.

WACQUANT, Löic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

______. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos EUA [A onda punitiva]. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

______. The Penalisation of Poverty and the rise of Neo-Liberalism. **European Journal on Criminal Policy and Research**, p. 401-412, 2010.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

TEORIA LOMBROSIANA E SEUS DESDOBRAMENTOS NOS PRECONCEITOS ÉTNICO-SOCIAIS

Melinda Nunes dos Santos Silva
Cecilio Argolo Junior
Liliane Amaral Janguiê Bezerra Diniz

INTRODUÇÃO

Trata-se este estudo de uma análise da concepção que se tem acerca dos conceitos de superioridade entre as raças, demonstrando-se por meio de fatos históricos como esta se deu e sob quais fundamentos. Sendo assim, desenvolve-se o presente trabalho por meio de uma visão direcionada sob os liames da Teoria Lombrosiana e a escravidão no Brasil, de modo a evidenciarem-se os reflexos destas que se encontram arraigadas à sociedade.

Neste diapasão, busca-se demonstrar que a historicidade que abarca a concepção de superioridade entre as raças, onde sempre houve a necessidade de se criar teorias para que pudessem justificar a exploração e a dominação de um povo frente a outro. Cesare Lombroso, médico italiano, era adepto dessa teoria e foi o criador da Antropologia Criminal, ou seja, a ideia de que o crime se dada por meio de fatores biológicos e genéticos.

Em sua concepção, a sociedade era dividida em raças e a distinção entre negros e brancos, não era somente determinada pela cor da pele, mas também na moral, na cultura, na ciência. Desta forma, abordar-se-á acerca da visão sociológica do negro, sobretudo ao enfoque da escravidão no Brasil, apontando como esta se deu até o período de sua abolição.

Vislumbra-se, pois, que em detrimento dos fatos ora narrados, a sociedade continuou taxando-os de seres indignos, sem intelecto, perigosos, temidos, o que foi associado justamente à cor, daí a ligação da teoria levantada pelo médico italiano, que tem como base o presente estudo. Atinente a isso, levante-se então a seguinte questão: Como os reflexos da Teoria Lombrosiana, concomitantemente com a escravidão influenciam na perpetuação dos preconceitos raciais e sociais e nos estereótipos dos criminosos no Brasil?

O presente trabalho objetivou esclarecer acerca da estigmatização do negro e do pobre como detentor das características de um criminoso e de um ser inferior, evidenciando como tais preconceitos acarretam uma grande problemática jurídica, pois é inviável para uma sociedade igualitária, preestabelecer padrões físicos, sociais ou de qualquer natureza, para aqueles que vão delinquir.

Hoje, as características não são mais o formato do crânio, mandíbula como atestava Lombroso, estas, foram substituídas por local de moradia, vestimentas e ainda a cor da pele, visto que os fatores meramente físicos, tornam-se agora, fatores sociais e raciais. Para tal, usou-se na construção deste *paper* os veículos metodológicos bibliográficos, bem como a interpretação lógica da lei penal e dos preceitos constitucionais, e fatores históricos, aos quais serão abordados em prol da necessidade que se tem de obter regulamentações efetivas inerentes ao tema.

1. CONSTRUÇÃO DOS ESTIGMAS RACIAS E SOCIAIS DO CRIMINOSO ENSEJADOS PELA TEORIA LOMBROSIANA ASSOCIADA À ESCRAVIDÃO NO BRASIL

O crime, as suas causas e que o circunda, sempre intrigou a humanidade sendo, pois, temas de estudos, pesquisas e desenvolvimento de teorias que passaram a justificá-lo e compreendê-lo em suas diversas formas e acepções. Há, portanto, linhas de pensamentos que tem por objetivo levar à compreensão desse fenômeno, sobretudo, com o surgimento da Criminologia.

Daí contempla-se, segundo Flávio Gomes e Molina (2008, p. 34) que, "[...] o que hoje denominamos de Criminologia não é nenhum descobrimento recente, seria em vão circunscrever sua origem a datas concretas para expedir sua certidão de nascimento, pois o fenômeno humano e social que constitui seu objeto- o crime- carece de fronteiras".

Sebastião José Roque (2013, p. 15), responsável pela tradução e bibliografia feita na obra de Cesare Lombroso, "O homem Delinquente", descreve que este foi um médico, antropólogo, político italiano, que nasceu na cidade de Verona em 1835. Este, ao laurear-se em medicina, especializou-se na área da psiquiatria, onde fora nomeado diretor do manicômio na cidade de Pesaro, tendo desenvolvido ali sua ligação com os doentes mentais. Desta maneira, ele ganhou notoriedade quando passou a relacionar a demência com a delinquência.

A delinquência é vislumbrada por meio do determinismo biológico, associando-a a critérios hereditários (LOMBROSO, 2013). Acerca do assunto, Sebastião José Roque (2013, p. 17) comenta na descrição feita na obra de Lombroso, que para este: "o criminoso é geneticamente determinado para o mal, por razões congênitas. Ele traz no seu âmago a reminiscência

de comportamento adquirido na sua evolução psicofisiológica. É uma tendência inata para o crime".

Lombroso (2013) direciona seus estudos ao que denominava de criminosos natos, que para ele era um subtipo humano, visto que não chegou a se desenvolver como os *homo sapiens,* sendo inferior a estes, passando a ser considerados como selvagens e degenerados. Shecaira (2014, p. 56) demonstra o marco do desenvolvimento destas teorias, enfatizando que "ao autopsiar Villela, assaltante calabrês, verifica que este possuía uma fossa occipital igual à dos vertebrados superiores, mas diferente do "*homo sapiens*", o que o levou a definição dos delinquentes ao conceito de atavismo".

Ele relaciona ainda, como característica dos criminosos alguns outros traços físicos como o cumprimento dos braços, tamanho das orelhas e do crânio, e fazia analogia dos criminosos com características dos macacos. Frente a isto, denota-se a esta teoria critérios racistas e preconceituosos. Senão vejamos os dizeres de Sergio Salomão (2014, p. 95):

> Lombroso postulava que indivíduos com traços semelhantes aos dos macacos tinham, por atavismo, inclinação à prática de crimes. Entre os estigmas ancestrais do homem semelhante ao macaco figuravam a pele escura, o tamanho do crânio, a simplicidade das suturas cranianas, a ausência de calvície e outros.

Conclui-se, pois, que os ideais de Lombroso acerca da criminalidade e das causas que a determinavam, tinha como finalidade proteger a sociedade contra os criminosos, e para fazê-lo, o Estado deveria utilizar o método preventivo, ou seja, como a criminalidade pode ser auferida por características biológicas, visíveis à feição do individuo, aqueles que a

detinham teriam que ser isolados da sociedade, antes mesmo de cometer delitos, sendo estes excluídos do convívio social independentemente de terem cometido fato criminoso, justificando-se assim, a punição sem o cometimento de crimes. Passava-se, portanto, a analisar o criminoso e não o crime. Desejava ele, buscar na sociedade quem tinha a maior propensão ao cometimento de delitos e valer-se contra estes.

A ideia de superioridade entre as raças perpassa diversas fases da história, sendo fundadas como forma de justificar o domínio de uma classe em face de outra. Assim, os negros, que eram englobados como não humanos e inferiores, viram sob si, o jugo daqueles que o dominaram. É o que afirma Moura (1988, p. 62):

> Essa elite de poder que se auto identifica como branca escolheu, como tipo ideal, representativo da superioridade étnica na nossa sociedade, o branco europeu e, em contrapartida, como tipo negativo, inferior, étnica e culturalmente, o negro. Em cima dessa dicotomia étnica estabeleceu-se, como já dissemos uma escala de valores, sendo o individuo ou grupo mais reconhecido e aceito socialmente na medida em que se aproxima do tipo branco, e desvalorizado e socialmente repelido à medida que se aproxima do negro.

Quando estes os colocam na posição de objetos, evidente que não seriam destinados a eles garantias algumas, tendo assim a função, tal qual um objeto, de ser de utilidade única de seus donos. Esta visão incorporada na sociedade acaba por influenciar ao negro a se aproximar cada vez mais dos estereótipos brancos, de modo a se projetar como este, negando, sobretudo, sua identidade, suas características intrínsecas e

que os constituem, fugir daquilo que o identifica como negro, de forma a ter o mesmo valor e lugar na sociedade e assim, poder ser detentor dos mesmos direitos.

Àqueles que o viam como inferiores decidiram por aniquilar tudo aquilo que lhe eram próprios,que lhe pertenciam, desde a língua, cultura, costumes e culinária, de modo a reduzir-lhes a condição de não humanos. Tais fatos são evidenciados pela percepção que o homem e a mulher negra têm de si, em uma tentativa incólume de negar sua própria cor, assim como afirma Carneiro (2011, p. 133):

> Um dos aspectos mais surpreendentes de nossa sociedade é o fato de a ausência de identidade racial ou confusão racial reinante ser aceita como dado de nossa natureza. Quando muito, à guisa de explicação, atribui-se à larga miscigenação aqui ocorrida a incapacidade que demonstramos de nos auto classificar racialmente.

Vislumbra-se a partir de tais constatações, a visão sobre a qual incide sobre os negros. Estes eram excluídos de todos os aspectos que norteiam a sociedade. Todo e qualquer direito já pacificado a eles eram negados, sendo devido a estes somente obrigações para com a elite branca que os dominavam.

Ainda sob a égide da diversidade racial presente no Brasil, deve-se demonstrar que o racismo aqui presente é mascarado sob a alegação da miscigenação presente no país e que por esta razão não há que se falar em preconceito advindo da cor. O que verifica-se com isto, ao contrário dos que se guiam por esta fundamentação, é que o racismo não é inexistente no Brasil, está longe de ser, mas encontra-se velado, muitas vezes se mostra inaudível, sendo revelado em atos saltados quase que de forma incontrolável e evidenciados por estatísticas e por uma realidade

cruel que assola o país, quando se verifica as oportunidades, a concessão dos melhores cargos e níveis de igualdade.

Ao se abordar o tema do racismo no Brasil, suas consequências, fulcral se faz, falar da escravidão, visto que este acontecimento foi o grande responsável pelo estigma, estereótipo e pela posição de inferioridade a que foi disposta sobre os negros. Sendo assim, voltemos ao princípio da história deste país, no intuito de compreender-se os fenômenos atuais. Nesse sentido, Pinsky (2010, p. 9), escreve em sua obra, "A escravidão no Brasil", como esta aqui se deu, aduzindo que:

> A escravidão no Brasil decorre da "descoberta" do país pelos portugueses. Antes de sua vinda não há registro de relações escravistas de produção nas sociedades indígenas. Os casos esporádicos de cativos feitos após lutas entre tribos não afetavam a estrutura econômica nem as relações de produção no grupo vencedor.

Como anteriormente descrito, os escravos eram utilizados para desempenhar todo tipo de trabalho que os seus senhores necessitassem, produzindo a riqueza que possuíam. No século XVIII, segundo Antonil (1982, p. 39), "os escravos [eram] as mãos e os pés do senhor de engenho, porque sem eles no Brasil não [seria] possível fazer, conservar e aumentar as fazendas, nem ter engenho corrente".

Rufino (2013, p. 158), vai ainda mais a fundo neste ponto ao dizer que: "[...] a raça negra fundou, para outros, uma pátria que ela pode, com muito mais direito, chamar sua". Acerca do assunto, Nabuco (2012, p. 139) já predizia que o Brasil deveria exterminar a escravidão se valendo do trabalho livre, afirmando que:

> Abolicionistas são todos os que confiam num Brasil sem escravos; os que predizem os milagres do traba-

> lho livre, os que sofrem a escravidão como uma vassalagem odiosa imposta por alguns, e no interesse de alguns, à nação toda, os que já sufocaram nesse ar mefítico, que escravos e senhores respiram livremente; os que não acreditam que o brasileiro, perdida a escravidão, deite-se para morrer, com o romano do tempo dos Césares, porque perdera a liberdade.

O despertar do Brasil nesse sentido se deu com a Lei Eusébio de Queiróz ao ano de 1850, ao qual vedava e criminalizava a prática do tráfico dos negros, o que já demonstrava um olhar esperançoso quanto à exterminação desta prática, visto que com esta lei já não mais seria possível a chegada de novos escravos. Santos (2012, p. 748). bem explica que:

> Em 1826, o Brasil daria o primeiro passo: assinou uma convenção com a Inglaterra estipulando que, no prazo de três anos os traficantes estariam fora da lei. Em 1842, Portugal, Áustria, Prússia e Rússia fizeram o mesmo. A convenção com a Inglaterra permaneceu letra morta até que, em 1850, a Lei Eusébio de Queiroz oficializou a proibição do tráfico negreiro.

Vale destacar ainda o surgimento de outra importante lei que caminhava para o encontro da sonhada liberdade dos escravos, que foi a Lei do Ventre Livre, criada em 1871 e a Lei dos Sexagenários de 1885. Esta primeira garantia que os filhos dos escravos que nascessem dentro deste período seriam libertos, salientando-se, porém, que até completarem vinte e um anos ficariam sob a tutela dos senhores, onde a segunda garantia à liberdade aos escravos maiores de sessenta e cinco anos de idade.

Alguns anos depois, foi de fato extinta a escravidão por meio da assinatura da Lei Áurea pela princesa Isabel em

1888, garantindo-se com esta a liberdade dos negros que encontravam-se ainda sobre a posse da elite branca. É o que demonstra Boulos Júnior (2013, p. 271):

> Sob forte pressão popular, o governo imperial, exercido na época pela princesa Isabel, assinou a Lei Áurea, que declarava extinta a escravidão no Brasil, sem direito de indenização aos senhores e sem nenhuma reparação aos escravizados, que, segundo uma estimativa realizada um antes, somavam 723.419 pessoas, pouco menos de 5% da população brasileira.

Sendo assim, não haveria formas de como essas pessoas ora libertas, mas sem posses, sem estudos, sem moradia manter-se nesta nova condição, sobretudo pelo estigma que pairavam sobre estes. Desta forma, mesmo alcançando o que mais desejavam; a liberdade, pela forma com que esta foi adquirida, os negros enfrentaram ainda muitas dificuldades, passando fome, sem abrigo, condenados a todo tipo de situação adversa, ou seja, continuaram mesmo que sob a liberdade, vivendo aprisionados a sua condição. Sobre a incidência da criminalidade e a busca em compreendê-las, foram aventadas a possibilidade de determiná-las por fatores genéticos, como se baseia a teoria de Lombroso, mas que fora desconsiderada por faltas de fatores que comprovem a sua veracidade e logicidade.

No entanto, imperioso se faz demonstrar, que apesar de esta teoria não ser hoje aceita, a mesma reflete-se ainda hoje nos pensamentos, atitudes que encontram-se intimamente ligadas à práticas racistas. Faço-me entender com a seguinte explicação. A partir de todos os fatores que constituem o racismo aqui analisados, com o enfoque para a escravidão, notório se faz a percepção de que pela história de segregação, de violência, de anulação de todo e qualquer direito, do desrespeito aos

princípios básicos de humanidade e dignidade a que recaíram sobre os negros e, sobretudo, a forma como se deu o fim da escravidão, estes não teriam, de plano, como manter-se, tampouco, equipar-se em nível de igualdade e condições aos brancos.

Decorre, pois, deste fato, a razão, de ainda hoje, os negros serem associados a condições de inferioridade. Importante se faz mencionar acerca da realidade carcerária por meio de um estudo realizado pelo Projeto de Cooperação Técnica BRA/12/016 para o Desenvolvimento de Metodologias de Articulações e Gestão de Políticas Públicas para Promoção da Democracia Participativa, promovido pela Secretaria-Geral da Presidência da República e o PNUD, intitulado de Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil-Juventude Viva em Brasília (2015, p. 66) ao qual foi promovido um estudo da população carcerária do Brasil, que mostra-nos que:

> Para ter uma dimensão mais apurada da questão racial no contexto do encarceramento, este estudo elaborou o cálculo das taxas de negros e brancos encarcerados nos 26 estados, no Distrito Federal e no Brasil para o período de 2007 a 2012. Análises sobre a questão da cor/raça em populações são mais significativas quando ponderadas por meio de taxas, dentro de cada grupo de cor/raça. A partir dos cálculos das taxas expostas na tabela 12 verifica-se que, com exceção do Amapá, a taxa de encarceramento dos negros em 2012 é maior que a de brancos em todos os estados, nas regiões e no Brasil.

Importante se faz demonstrar os dados trazidos na obra Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência e Desigualdade Racial, também pela Juventude Viva, baseado no estudo feito também em parceria com a Secretaria-Geral da Presidência

da República, Secretaria Nacional de Juventude, Ministério da Justiça e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, também desenvolvido em Brasília (2015). Cumprem evidenciar que neste estudo, fora analisado as 27 unidades da federação segundo a vulnerabilidade à violência dos jovens tendo como base na desigualdade racial, onde estabelecem que:

> O Relatório de Vulnerabilidade Juvenil à Violência tem por objetivo gerar insumos e indicadores para a formulação e implementação de políticas públicas que levem em consideração a incorporação de estratégias de prevenção e enfrentamento das altas taxas de violência observadas no país contra adolescentes e jovens entre 12 e 29 anos de idade, em especial jovens negros, que, em 2013, foram 18,4% mais encarcerados e 30,5% mais vítimas de homicídios dos que os jovens brancos. (ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2015, p. 15).

Conclui-se, pois, que muitas vezes, pelo pré-conceito, no sentido mais literal da palavra, assim como do senso comum, muitas pessoas, ao deparar-se com tais estatísticas, acabam por reproduzir em suma, o que na prática queria dizer a teoria Lombrosiana, de que os negros por sua condição de inferioridade, por não possuir intelecto, por não serem equiparadas as pessoas de pele branca, irão delinquir. Isso se mostra pela frase muitas vezes propagada de que determinada pessoa possuí “cara de bandido”. Questiona-se assim, o que de fato esta frase quer dizer, perguntando-se quem são essas pessoas que detém “cara de bandido” e quais as características que lhe são inerentes.

Ao proferir tais dizeres, estas pessoas acabam por ignorar, de forma a não analisarem toda a história do negro no Brasil, sobretudo no mundo, e entender que a escravidão ainda é

muito recente e que há uma luta diária a ser enfrentada para desmistificar tais estereótipos. Necessita-se, portanto, aniquilar toda forma de preconceito e com isso, almejar alcançar de forma plena a igualdade entre todos, preconizada na Constituição Federal, que estabelece em seu art. 5º que "[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

Como demonstrado no capítulo anterior, mesmo após a abolição da escravatura, devido à ausência de políticas públicas que viessem a amparar e garantir direitos e formas destes serem incorporados à sociedade, os negros continuaram em uma situação de desprestígio social, recaindo ainda sobre eles o estigma da inferioridade. Mesmo após o decurso de todos esses anos ao qual sucederam à escravidão, ainda é possível averiguar, na atualidade a realidade da desigualdade social decorrente da cor. Verifica-se a importância dos negros no Brasil, a qual se dá a diversidade cultural, sobretudo aos dizeres de Rufino (2013, p. 309): "suprima-se mentalmente essa raça e o seu trabalho, e o Brasil não será, na sua maior parte, senão um território deserto".

O Estado Brasileiro no intuito de reprimir estas práticas racistas acabou por criminalizá-las, criando dispositivos legais que viessem a coibi-la, tal qual o art. 140, §3º do Código Penal, disciplinando que: "Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro. Pena: detenção de um a seis meses, ou multa". E, em seu parágrafo terceiro completa: "§3º Se a injúria consiste na utilização de elementos a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Pena- reclusão de um a três anos e multa".

O crime de racismo no Brasil é inafiançável e imprescritível, o que denota a esta prática uma gravidade maior conferida em lei, advindo do art. 5º, inciso XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. Tal crime vem estipulado na Lei nº 7.716/1989. Nesta lei, engloba as práticas de impedir ou dificultar o acesso de pessoas negras em determinados locais ou repartições, deixar de conceder emprego a estas em face de sua cor. Seu art. 1º afirma que: Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Tem-se ainda, o art. 20 deste mesmo diploma que diz: Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.

Após esta Lei, foram criadas outras legislações com este mesmo enfoque, sendo desenvolvido em 2010 o Estatuto da Igualdade Racial, demonstrando sua finalidade já em seu art. 1º: "Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica". Criou-se também a Lei de Cotas em 2012 a qual visa garantir a equiparação no ingresso de pessoas negras e índios nas instituições de ensino.

No entanto, algumas das medidas adotadas pelo Governo acabam por promover soluções superficiais. A política de cotas, por exemplo, mesmo que seja de extrema relevância para que seja aplacada de forma mais rápida essa situação e inclusão destas pessoas nos ambientes ora descritos, traz em si um grande estigma da ainda citada inferioridade, visto que no pensamento de determinadas pessoas se carrega ainda o preconceito

de que só conseguiriam ali estar por meio das cotas e que sem isso não teriam capacidade de alcançar a posição adquirida.

Com tais leis cria-se o temor, o medo de ser punido por esta prática e de ser apontada como racista, mas não mudou ainda nestas pessoas os fundamentos que para estas justificam em si o preconceito. A questão do racismo no Brasil precisa passar a ser uma questão de interesse nacional, e sendo assim, haver a devida mobilização de todos os entes federativos com a finalidade de reprimi-la e combatê-la.

Com tais afirmativas não procura-se negar a necessidade da criação de políticas públicas que visem solucionar o problema com urgência, garantindo hoje o acesso dessas pessoas a educação, mas necessita-se que a partir desse ingresso outras políticas de educação e inclusão sejam implementadas para que seja natural o ingresso destas pessoas nos mesmos cargos que os brancos. Sendo assim, na medida em que houver igualdade plena entre todos e em todas as suas acepções, os dizeres que ela pretende alcançar, serão adquiridos de forma orgânica.

Deve-se com isto, cessar de forma imediata a prolação de que não há racismo e preconceito no Brasil, pois assumir e defender a ideia de que ele não existe, é assinar um atestado de que a situação dos negros no país está ideal. Quando se assume a postura de que a situação atual não está correta, parte-se do pressuposto de que esta carece de mudanças e sendo assim, deve-se ser conquistada. Importante se faz demonstrar os dizeres de Nabuco (2012, p.135), em sua obra Abolicionismo:

> Atacar a bandeira negra é ultrajar nacional. Denunciar o regime das senzalas é infamar o Brasil todo. Por uma curiosa teoria, todos nós, brasileiros, somos responsáveis pela escravidão, e não há como lavarmos as mãos do sangue dos escravos. Não bas-

> ta não possuir escravos para não se ter parte no crime. Quem nasceu com este pecado original, não tem batismo que o purifique. Os brasileiros são todos responsáveis pela escravidão, segundo aquela teoria, porque a constem. Não se mostra como o brasileiro individualmente a repele, pode destruí-la; nem como as vítimas de um sistema, que as degrada para não reagirem, podem ser culpados da paralisia moral que as tocou.

Demonstra-se com isto, que a responsabilidade pelo racismo e por sua desmistificação são de todos os brasileiros. Pois bem, diante desta realidade que é experimentada diariamente no país, resta evidente que algo necessita ser feito para mudar tal realidade, além do que já o foi. Necessita-se, pois, de políticas públicas de inclusão, de ressocialização de modo a incorporar o negro de fato na sociedade, até que este se sinta de fato pertencente a esta. Neste diapasão há muito que ser realizado, mas a base para se alcançar qualquer um desses pontos supracitados é por meio daquilo que é o remédio para quase todas as mazelas da humanidade; a educação, visto que o racismo nada mais é do que a ausência deste.

CONCLUSÃO

O *paper* em epígrafe buscou abordar o tema da segregação e desigualdade racial sobre o prisma da teoria de Cesare Lombroso acerca da criminalidade. Como tema central do trabalhou buscou-se ainda a correlação desta teoria com o período histórico da escravidão no Brasil, de forma a demonstrar como estas foram determinantes para a construção histórica do perfil que o negro detém hoje neste país.

Para tanto, foi necessário desenvolver um estudo inicialmente sobre as teorias da criminalidade e posteriormente

abordar a teoria central deste trabalho, como anteriormente descrito, o que levou-se a compreensão de que mesmo após um extenso lapso temporal do desenvolvimento desta teoria, ainda se pode evidenciar no país uma realidade fática que vai de encontro justamente com os preceitos de Lombroso.

Diante do que dispôs, ficou-se evidente que a situação do negro no Brasil não sofreu grandes alterações, mesmo após a abolição da escravatura, por meio da Lei Áurea, visto que esta os concedeu a liberdade sem nenhuma perspectiva, ou seja, continuavam aprisionados a uma condição de degradação, de marginalização, de miséria e inferioridade perante toda a sociedade.

Demonstra-se, pois, que o negro não foi acolhido, tampouco inserido na sociedade, vivendo ainda sobre a segregação, agora não somente racial, passando a ser também social. A dívida que a sociedade tem com os negros não foi aplacada e sanada por esta lei. O ponto fulcral que o presente trabalho se propôs a demonstrar, é que não se deve tentar dirimir ou aniquilar as diferenças inerentes a cada indivíduo e a cada povo, o que se busca é preservá-las, tendo em vista que são elas que tornam cada ser único e igualmente importante, porém, que ao mesmo tempo sejam respeitadas, não devendo de forma alguma ser apontada como fator que os inferiorize.

REFERÊNCIAS

ANTONIL, André João. **Cultura e Opulência do Brasil por Suas Drogas e Minas**. 3 ed. Belo Horizonte: Itália/Edusp, 1982.

______. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2016.

______. **Lei dos Crimes Resultantes de Preconceito de Raça ou de Cor de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

______. **Código Penal Brasileiro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

______. **Estatuto da Igualdade Racial de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

______. **Lei de Cotas de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BOULOS JUNIOR, Alfredo. **História, Sociedade e Cidadania**. 1 ed. São Paulo: FTD, 2013.

CARNEIRO, Sueli. **Sexismo e Desigualdade no Brasil**: Selo Negro. São Paulo: Afiliada, 2011.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. São Paulo: Russel, 2013.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, CathyaRagazzoni. **Psicologia Jurídica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García- Pablos de. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 5 v.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e Antirracismo no Brasil**. 3 ed. São Paulo:34 LTDA, 2012.

LIMA, Renato Sérgio; RODRIGUES, Beatriz; FIGUEIREDO, Laís; BUENO, Samira. Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência e Desigualdade Racial. Brasília: Juventude Viva, 2015.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. São Paulo: Ícone, 2013.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. **A Escravidão no Brasil**. Rio de Janeiro: E-Books Brasil, 1866. 1 v.

MANDARINO, Thiago Marques. **A vida Através da Morte**. Rio Claro: Alameda, 2009.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. São Paulo: RidendoCastigat Mores, 1848.

MOURA, Clovis. **Sociologia do Negro Brasileiro**. São Paulo: Ática, 1988.

NABUCO, Joaquim. **O Abolicionismo**. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PENTEADO FILHO. **Manual esquemático de criminologia.** São Paulo: Saraiva, 2012.

PINSKY, Jaime. **A Escravidão no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2010.

RODRIGUES, Beatriz; etall. **8º Anuário Brasileiro de Segurança Pública.** São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública,2014.

RUFINO, Joel. **Escravidão no Brasil**. São Paulo: Melhoramentos, 2013.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SINHORETTO, Jaqueline. **Mapa do Encarceramento**: os jovens do Brasil.Brasília, Juventude Viva, 2015.

NOVAS ESTRATÉGIAS EM LAVAGEM DE CAPITAIS E CRIPTOMOEDAS

Pedro Rabello Mariú

INTRODUÇÃO: A EMERGÊNCIA DE UM CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL E A RECICLAGEM DE PROVEITOS GERADOS

Em meio aos acontecimentos geopolíticos relativos à ampliação do comércio internacional, sobretudo no fim do século XX, a expansão do crime organizado bebeu da fonte dos movimentos de ampliação dos fluxos de capital.

A globalização, nesse sentido, se impôs como um verdadeiro elemento facilitador da penetração do de organizações criminosas com objetivos diversos, proliferando-se e se tentacularizando para além das fronteiras nacionais.

Na síntese de GOMES, 2012:

> Pode-se assim dizer que a globalização seria um conjunto de transformações na ordem política e econômica mundial, com foco na integração dos mercados e da sociedade em uma verdadeira aldeia global, partilhada por grandes corporações internacionais, que se valem do progressivo desaparecimento das barreiras tarifárias e abrem-se ao comér-

> cio e ao capital internacional, impulsionadas pela revolução nas tecnologias de informação. (GOMES, 2012, p. 650)

Mais que isso, a transnacionalidade dos delitos organizados decorre de uma natural separação entre países *produtores* ou *fornecedores* e os grandes mercados *consumidores* (BALTAZAR JUNIOR, 2013, p. 143).

Nessa perspectiva, o crime organizado assume as feições de uma empresa multinacional, havendo, como dito, uma separação clara entre os países produtores e os consumidores daquele produto ou serviço ofertado. Essas opções de mercados produtores e consumidores leva em conta os fatores de produção de cada país (disponibilidade de bens, custo de produção, etc.). Trata-se de uma verdadeira Divisão Internacional do Trabalho, que leva em conta as vantagens comparativas de cada país para a oferta do produto ou serviço.

A internacionalização leva em conta todos esses fatores da "economia tradicional" e fatores específicos, como por exemplo a eficácia da fiscalização e repressão dos órgãos de segurança pública e a brandura os ordenamentos jurídicos dos países produtores. São os chamados *paraísos jurídicos penais* (BALTAZAR JUNIOR, 2013, p. 144).

A falta de uniformidade na repressão dos delitos em estudo fomenta a infiltração de capital e de instalações de crime organizado. Com efeito, a leniência de tais nações favorece que organizações criminosas de objetivos diversos movimentem ativos ao redor do globo.

Nesse ponto, sobressaltam os países conhecidos como "*paraísos fiscais*", que, de certo modo, se beneficiaram dessa *economia bandida* (FORGIONE, 2011, p. 20) – isto é, basearam suas economias em investimentos de origem ilícita.

Calcula-se que os cofres da Suíça acautelem 11 trilhões de dólares, um montante correspondente a quase quatro vezes o PIB da Alemanha (FORGIONE, 2011, p. 36).

De acordo com FORGIONE, 2011, o rendimento anual das três principais estruturas mafiosas italianas, a 'Ndrangheta, a Camorra e a Cosa Nostra, oscila entre 120 e 180 bilhões de euros. Igualmente, estima-se que o Primeiro Comando da Capital (PCC) fatura, anualmente, 200 milhões de reais.

Essas preocupações foram externadas em diversos documentos internacionais, tais como a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena da 1988), a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de New York de 2000) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida de 2003).

Nesse sentido, a própria Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Decreto 154/1991) é exemplo desse reconhecimento internacional dos efeitos deletérios da infusão de capitais de origem ilícita na economia formal:

> Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas de ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados, (...)
>
> Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.

Estabelecidas essas premissas, sobeja definir que o fenômeno da lavagem de dinheiro é um prolongamento natural da atividade criminosa organizada. Em virtude da expressividade dos rendimentos das organizações criminosas, complexos devem ser os processos de remessa, movimentação e depósito dos valores obtidos. De acordo com MONTOYA, 2007:

> A lavagem de dinheiro constitui um prolongamento do crime organizado, um aspecto essencial de toda atividade criminosa que gera proveitos e requer da existência de um sistema estruturado capaz de permitir a reciclagem internacional de capitais (MONTOYA, 2007, p. 402).

Inclusive, a transação de vultuosas somas de capital é uma característica do crime organizado, a distinguindo de uma criminalidade tradicional. Há uma previsão de lucro que decorre, naturalmente, da regularidade da atuação da organização criminosa (BALTAZAR JUNIOR, 2013, p. 125).

1. RESPOSTA ESTATAL: SURGIMENTO DE INSTRUMENTOS DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO A LAVAGEM DE CAPITAIS

A partir da panorâmica de expansão do crime organizado transnacional no contexto da globalização, especialmente no que se refere a movimentação de capital ao redor do globo, mostra-se imprescindível que a resposta estatal se centre na desestabilização financeira das organizações criminosas, inviabilizando a continuidade operacional da sociedade.

A persecução criminal da lavagem dos proveitos gerados pela atividade da organização traz consigo a possibilidade de confisco dos bens e produtos do crime. Esse confisco atinge, necessariamente, os produtos do crime e os instrumentos do

crime. O primeiro é definido como as coisas adquiridas, direta ou indiretamente, com o proveito do delito, enquanto o segundo envolve os meios materiais para a execução da empreitada criminosa (PRADO, 2011). Trata-se de efeito genérico da condenação, regulado pelo art. 91, II do Código Penal. Nada obstante, a própria Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998) estabelece medidas cautelares que se destinam ao sequestro e alienações antecipadas de bens, direitos e valores provenientes do crime, asfixiando, mesmo antes do confisco penal, a disponibilidade financeira da organização criminosa.

Na medida em que o crime organizado, como visto, vale-se da lavagem de capitais para a própria preservação, a decretação das medidas assecuratórias da Lei de Lavagem de Capitais pode representar o divisor de águas no prosseguimento dos mais diversos ramos de atuação da organização criminosa.

Ademais, essa constrição impossibilita a inserção de capitais provenientes de infrações penais no mercado lícito. As consequências da plena disponibilidade dos bens da organização criminosa e de seus membros até o fim do processo podem ser irreversíveis, sob o ponto de vista concorrencial. Em outras palavras, num ambiente comercial altamente competitivo, inflamado pelo fenômeno da globalização, os efeitos do desequilíbrio podem acarretar em gravíssimos danos à ordem econômica.

Na preleção de MORO, 2010:

> A criminalização da lavagem incrementa as chances de confisco do produto do crime. Se o criminoso utilizar artifícios para ocultá-lo ou dissimulá-lo ficará incurso na pena de novo crime. De forma semelhante, se terceiro participar, conscientemente, de transação envolvendo produto de crime, cometerá o crime de lavagem. O objetivo é isolar o produto do crime, facilitando o confisco. Na feliz expressão de

> Kai Ambos, o criminoso 'deve, no verdadeiro sentido da palavra, permanecer sentado em seu capital sujo'. Acrescente-se: sentado até que o Poder Público venha retirar-lhe o assento. (...)
>
> Essa nova estratégia de prevenção e repressão ao crime é especialmente eficaz em relação ao crime organizado. Pessoas, mesmo líderes, em grupos criminosos organizados podem ser substituídas, às vezes até com ganhos de eficiência. Para desmantelar grupos criminosos organizados, a asfixia econômica, privando-os do produto de sua atividade e das condições de autofinanciarem-se, constitui estratégia mais eficaz. (MORO, 2010, pp. 16-17)

No entanto, tais medidas, por si só, não são suficientes ao eficiente combate da expressão financeira do crime organizado, complementando ao sistema de confisco e medidas assecuratórias os mecanismos de detecção e controle de movimentações financeiras – isto é, a instituição de uma cadeia de inteligência financeira, que tem por finalidade sistematizar um rigoroso sistema de *compliance criminal*.

Assim, é pertinente destacar que a Lei 9.613/1998 estabelece diversas obrigações à particulares, pessoas físicas e jurídicas, que, pela natureza do serviço que prestam, tem o dever de cooperar com a Unidade de Inteligência Financeira (UIF) – ou seja, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) – e, nesse contexto, de conhecer os clientes a quem transacionam, bem como alertar às autoridades competentes sobre operações suspeitas.

Eventual descumprimento desses deveres impostos pela legislação acarretam, inclusive, sanções de ordem administrativa, que podem ser aplicadas pela autoridade pública.

Não por outro motivo, a atividade empresarial daqueles sujeitos ao compliance criminal e ao dever de reportar transações suspeitas deve contar com um setor especializado, a fim de cumprir os regramentos das autoridades competentes e da Lei 9.613/1998. Na preleção de CARDOSO, 2015:

> Nos limites deste exame, o conceito de compliance descreve a necessária obediência às normas sobre prevenção e combate ao crime de lavagem, e impõe aos sujeitos legalmente obrigados, sob pena de sanções administrativas e criminais, a prevenção, a investigação e a comunicação às autoridades competentes de suspeitas dos delitos praticados em razão da atividade empresarial. (CARDOSO, 2015, p.187)

Portanto, é possível apontar, nesse cenário, duas funções, que compõem dois subsistemas de antilavagem: uma função de supervisão, ligada à prevenção da lavagem de capitais; e o tratamento analítico de operações suspeitas, isto é, a repressão à lavagem de capitais.

Esse complexo e intrincado mecanismo de prevenção à lavagem de dinheiro é um desenho trazido pela Recomendação nº 29 do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), nos seguintes termos:

> Os países deveriam estabelecer uma unidade de inteligência financeira (UIF) que sirva como um centro nacional de recebimento e análise de: (a) comunicações de operações suspeitas; e (b) outras informações relevantes sobre lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, e de disseminação dos resultados de tal análise. A UIF deveria ser capaz de obter informações adicio-

> nais das entidades comunicantes e ter acesso rápido a informações financeiras, administrativas e de investigação que necessite para desempenhar suas funções adequadamente. (GAFI/FATF, 2002, p. 33)

Em linhas gerais, as principais funções da Unidade de Inteligência Financeira (UIF) é a coordenação das entidades regulamentadoras das regras de compliance; a regulação, diretamente, de setores sem a regulamentação de órgãos específicos; e o desenvolvimento dos Relatórios de Inteligência Financeira (RIF), a partir das comunicações advindas das pessoas físicas ou jurídicas que atuem em setores estratégicos, de onde podem ser branqueados bens, valores ou direitos (CAVALCANTI, 2013).

O RIF é um documento de índole não conclusiva que aponta para indícios de lavagem de capitais, assim aferidos pela natureza ou vultuosidade de transações bancárias realizadas pelo alvo. Essa atividade diagnóstica do COAF sequer se submete ao dever de sigilo bancário, por expressa disposição da Lei Complementar 105/2001.

> Art. 1º, § 3º Não constitui violação do dever de sigilo:
>
> VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar.
>
> Art. 2º, § 6º O Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, de que trata o art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do art. 11 da referida Lei.

Inclusive, em recente decisão exarada pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de *Habeas Corpus*, a corte reforçou que "*que o acesso da Polícia Federal a informações disponíveis no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), para uso em investigações, é legítimo e não caracteriza quebra de sigilo financeiro.*"[54]

E não poderia ser diferente. O sistema de compliance é baseado na noção de transmissão de dados quanto a transações bancárias suspeitas de pessoas físicas e jurídicas suspeitas de lavagem de dinheiro. Com efeito, seria contraditório que para obter os dados de transação, a unidade de inteligência devia antever tais transações e requerer ao juízo competente o afastamento do sigilo de dados bancários.

De posse do RIF, a polícia judiciária e o titular da ação penal podem promover as medidas investigativas de estilo, inclusive requerer a quebra de sigilo bancário, dispondo, agora sim, do conjunto de transações, dados, saldo e demais informações do investigado.

2. EM PARALELO: A CONSOLIDAÇÃO DAS MOEDAS VIRTUAIS

Moedas virtuais podem ser conceituadas como uma representação digital de um valor que pode ser transacionado e funciona como um meio de troca; uma unidade de conta; e/ou unidade de armazenamento, mesmo sem poder constituir meio jurídico de pagamento em qualquer jurisdição. Tais moedas cumprem as funções acima delineadas apenas por acordo interno da comunidade de usuários que a compõem (GAFI/FATF, 2014).

---

54. Trata-se de notícia veiculada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça: < http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Acesso-a-informa%C3%A7%C3%B5es-do-Coaf-n%C3%A3o-configura-quebra-de-sigilo> Acesso em 16/12/2016.

As principais diferenças de uma moeda virtual para uma moeda real são que aquelas operam e produzem efeitos apenas em um determinado meio, não constituindo um meio de pagamento oficial no país em são criadas (DEPARTMENT OF THE TREASURY, 2013). Além disso, as moedas virtuais não se confundem com o chamado *e-money*, isto é, *"representações digitais de uma moeda real, que tem o objetivo de transferir eletronicamente o valor contido na moeda"* (GAFI/FATF, 2014, p. 4)

As moedas virtuais podem, ainda, ser classificadas como conversíveis (ou abertas) ou não conversíveis (ou fechadas). As moedas ditas não conversíveis não possuem qualquer interface de conversão com meios externos àquele ambiente em que são constituídas. Desta feita, não podem sofrer câmbio em moedas reais e, justamente por essa razão, não interessam ao presente estudo.

Dentre as moedas virtuais conversíveis (de sistema aberto), subdividem-se entre aquelas de fluxo unilateral ou bilateral (EUROPEAN CENTRAL BANK, 2012). São de fluxo unilateral aquelas moedas virtuais que aceitam a conversão de moedas reais, sem, contudo, possibilitar o movimento inverso (de moedas virtuais para moeda real).

Entretanto, as maiores repercussões em relação às moedas virtuais certamente advêm de sistemas de fluxo bilateral. Nessa categoria, usuários *"podem comprar e vender dinheiro virtual de acordo com as taxas de câmbio da sua moeda. A moeda virtual é semelhante a qualquer outra moeda conversível em relação à sua interoperabilidade com o mundo real"* (EUROPEAN CENTRAL BANK, 2012, p.14).

Outra classificação imprescindível se relaciona ao grau de centralização da moeda. Moedas centralizadas possuem uma estrutura vertical de sua administração, que tem competência para produzir moeda, estabelecer regras para o seu uso, man-

ter bancos de dados de transferências, bem como possui autoridade para recolher moedas de circulação (GAFI/FATF, 2013).

Em contraposição a essa espécie, colocam-se as moedas virtuais descentralizadas, ou criptomoedas. Não há aqui qualquer autoridade controladora. As moedas são expedidas em código aberto, baseadas em algoritmos matemáticos e envolvem chaves de criptografia para transferir valores entre os usuários (GAFI/FATF, 2013).

Dentre as moedas virtuais, sobressalta a emergência da Bitcoin, conceituada como uma moeda virtual "*descentralizada, baseada numa rede P2P, que pode ser trocada online e convertida em dólares americanos ou outras moedas*" (FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, 2012, p. 4). Em linhas gerais, a rede P2P (*peer-to-peer*) do Bitcoin possibilita a emissão de moedas por um processo de mineração, que também serve como parâmetro de validade de todas as transações, sem envolver uma terceira parte fiscalizadora/intermediadora. O compartilhamento de informações da transação atém-se aos dois usuários envolvidos (credor-devedor).

Justamente por conta dessa descentralização, é deveras problemático à persecução penal a detecção de atividades suspeitas, identificação de usuários e recuperação de históricos de transações passadas via Bitcoin (FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, 2012).

No entanto, diversamente do que é divulgado, a criptomoeda não é, via de regra, anônima. As transações via Bitcoin registram número de Protocolo de Internet (IP), bem como são publicadas online. Isso não impede que determinados estratagemas incrementem o grau de anonimato por meio do uso de diferentes endereços e carteiras, dificultando a ação de rastreio (FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, 2012, p. 5). Outra medida que pode ser mobilizada é o emprego de uma ferra-

mente de *anonymizer*, ou seja, "*serviços como darknets e mixers, projetados para obscurecer a origem de uma transação via Bitcoin e facilitar o anonimato*" (GAFI/FATF, p. 6).

3. BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E O ESCAMBO DE CRIPTOMOEDAS

O crescimento das moedas virtuais, principalmente o Bitcoin, traz um novo norte de preocupações dos agentes responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro.

O Federal Bureau of Investigation (FBI), serviço de investigação federal americano, divulgou relatório de inteligência que aponta preocupações em relação à difusão do serviço de Bitcoin, no sentido de atrair a atenção de criminosos de colarinho branco, objetivando o transacionar anonimamente o proveito do crime. Essa preocupação se intensifica ante a previsão do uso de serviços especializados de lavagem de dinheiro operando em Bitcoins, através de *offshores* (FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, 2012, p. 7).

De igual modo, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) recomendou, em 2016, que:

> v) Considerando a identificação, no âmbito internacional, do crescente uso de moedas virtuais, como o Bitcoin, em esquemas de lavagem de dinheiro, a ENCCLA recomenda a seus participantes que tenham especial atenção para as operações que envolvam esse meio de pagamento (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Essa atenção internacional não é infundada. O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI/FATF), órgão internacional de vanguarda na expedição de instruções e pesquisa acerca

da lavagem de capitais, externou suas preocupações em relação a reciclagem de capitais através de moedas virtuais. Apontou, à ocasião, que a possibilidade de anonimato do sujeito é ampliada, em relação a pagamentos tradicionais. Explica-se: os pagamentos via moedas virtuais podem ser transferidas por meio de terceiros, dentro e fora do país de saída do pagamento, de modo que remanesce dissimulada a real origem da transação. Nada obstante, não existe um rigor quanto a identificação de remetente e destinatário, o que pode levar a uma transação absolutamente anônima (GAFI/FATF, 2013, p. 11).

Como se trata de uma rede descentralizada, o Bitcoin está livre do compliance criminal. Em outras palavras, não incide sobre as criptomoedas as obrigações impostas aos demais sujeitos de atividades estratégicas, no sentido de informar à autoridade supervisora – no caso brasileiro, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) -, transações definidas como suspeitas. Em verdade, tal sistema mostra-se absolutamente inviável tecnicamente, em virtude da disposição estrutural do Bitcoin.

De igual sorte, uma carteira de Bitcoins mostra-se impassível de sofrer medidas cautelares ou assecuratórias. Ainda que de posse de informações de que o investigado ou réu detenha patrimônio convertido em moedas virtuais, não há propriamente um órgão ou instituição que possa informar esse saldo, considerando a facilidade de se camuflar os ativos porventura existentes.

O sistema de compliance pressupõe a cooperação – ainda que sob pena de sanção, anote-se -, de atores comumente utilizados como veículos de lavagem de dinheiro. Além disso, frise-se que, com a facilidade trazida pelas moedas virtuais, nada impede a colocação, quase instantaneamente, de vultuosas quantias de capital ilícito em paraísos jurídico-penais, notamente aqueles tolerantes ou pouco atentos aos fenômenos de lavagem de capitais.

Essa desburocratização, conquanto ordinariamente benéfica ao usuário que transaciona ativos lícitos, mostra-se como uma dificuldade à consecução dos fins ansiados pela Comunidade Internacional nos protocolos de combate ao crime organizado e um facilitador da remessa de valores provenientes de delitos diversos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os fenômenos de ampliação de uma macrocriminalidade transnacional e a dilatação dos fluxos de informação, no contexto da globalização, correm de modo simultâneo e não coincidente. O crime organizado assenhoreia os meios mais atualizados disponíveis para satisfazer o seu objetivo delitivo.

Todavia, é ponto de conformidade das várias espécies de organizações criminosas a finalidade lucrativa. Para o prosseguimento operacional da organização, os proveitos decorrentes dos ilícitos praticados devem passar por um processo de reciclagem, através de inúmeros sistemas de ocultação ou dissimulação, a qual se denomina lavagem de dinheiro.

Por esse exato motivo, os diversos órgãos de persecução criminal canalizam esforços em direção ao desbaratamento dos supraditos sistemas de lavagem, asfixiando financeiramente a organização criminosa. Dentre as diversas medidas, cita-se o processo de inteligência financeira, por onde uma determinada estrutura (denominada Unidade de Inteligência Financeira) poderá supervisionar, diretamente ou não, transações suspeitas previamente comunicadas por atores envolvidos com setores econômicos sensíveis. Tais atores, pessoas físicas e jurídicas, possuem o dever de cooperar (compliance), detendo políticas de registros minuciosos de dados do cliente e informes de transações suspeitas.

Simultaneamente, emergem as chamadas moedas virtuais descentralizadas, ou criptomoedas. Tais instrumentos não possuem uma autoridade responsável por administrar o conjunto do sistema. Além disso, evoluíram, em cotejo, mecanismos sofisticados de anonimato nas transações entre moedas virtuais. Nada obstante essas dificuldades, sobeja a falta de alcance de um instituto eficiente de compliance, criando uma verdadeira brecha na rede de combate à lavagem de dinheiro.

À conta da omissão, é perfeitamente possível o uso, por parte de organizações diversas, de arquétipos de lavagem de dinheiro baseados em Bitcoins (ou moedas virtuais análogas), fato esse que merece maior atenção das autoridades responsáveis pela repressão desses delitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acesso a informações do Coaf não configura quebra de sigilo. **STJ**, 03/11/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Acesso-a--informa%C3%A7%C3%B5es-do-Coaf-n%C3%A3o-configura-quebra-de-sigilo> Acesso em 16/12/2016.

Ações e Recomendações Enccla – 2016. **CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj--proname?id=84077:acoes-e-recomendacoes-2016> Acesso em 30/05/2017.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. **Decreto nº 154** de 26 de Junho de 1991.

BRASIL**, Decreto nº 5.015**, de 12 de Março de 2004.

BRASIL. **Decreto nº 5.687**, de 31 de Janeiro de 2006.

BRASIL. **Lei 9.613**, de 03 de Março de 1998.

CAVALCANTI, José Robalinho. **O sistema nacional antilavagem de dinheiro e seus atores**. (In: DE CARLI, Carla Veríssimo. MENDONÇA, Andrey Borges de... [et al.]. Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal. 2ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013).

CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberArs, 2015.

DEPARTMENT OF THE TREASURY. **Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies**, 2013. <https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2013-G001.pdf> Acesso em 30/05/2017.

EUROPEAN CENTRAL BANK. **Virtual Currency** Schemes, 2012. <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf> . Acesso em 30/05/2017.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. **Bitcoin Virtual Currency: Unique Features Present Distinct Challenges for Deterring Ilicit Activity (Intelligence Assessment)**, 2012. <https://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2012/05/Bitcoin-FBI.pdf> . Acesso em 30/05/2017.

FORGIONE, Francesco. **Máfia Export: Como a 'Ndrangheta, a Cosa Nostra e a Camorra colonizaram o mundo**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011

GAFI/FATF. **As Recomendações do GAFI, 2002** <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf> Acesso em 16/12/2016.

GAFI/FATF. **Virtual Currencies: Key Definitions and Potential AML/CFT Risks**, 2014. <.http://www.fatf-gafi.

org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf > Acesso em 30/05/2017.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O Crime Organizado na Convenção de Palermo** (In: Crime Organizado. Coords. MESSA, Ana Flávia. CARNEIRO, José Reinaldo, São Paulo: Saraiva, 2012).

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e Crime Organizado: Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

MORO, Sergio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010

Poder Financeiro – PCC 10 anos. **Estadão**, 2016. Disponível em: < http://infograficos.estadao.com.br/public/cidades/dominios-do-crime/poder-financeiro > . Acesso em 03/08/2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: volume 1**. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

LEI 8072/90 E A NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO CONFORME OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Ronaldo Pimenta Mendes
Daniel Limongi Alvarenga Alves

INTRODUÇÃO

A atual sistemática garantista, regente máxima do sistema penal punitivo de Direito Constitucional, imprime, cada vez mais, a necessidade de maior zelo do julgador quando da prolação da sentença e aplicação da pena. Com o precípuo objetivo de evitar arbitrariedades do Estado, as garantias são imperativos constantes do texto constitucional, expressa ou implicitamente, que devem ser sempre observados.

Este sistema, contudo, não acarreta a impossibilidade do legislador ordinário impor maior aspereza no trato de certas infrações penais. Tampouco viola preceitos de ordem constitucional, vez que a própria Carta Maior, no título dos direitos e garantias fundamentais, recomendou expressamente uma punição diferenciada, mais rigorosa, a determinados delitos, com a evidente preocupação de salvaguardar bens jurídicos que considera de maior relevância (NUCCI, 2014).

Entretanto, via de regra, as leis que são criadas no Brasil, não passam por um amplo e prévio estudo e discussão em âmbito acadêmico e social, resultando, em textos assistemáticos e irracionais (NUCCI, 2014). Neste contexto, ao operador do Direito é transferida a incumbência de aplicar, nos casos dos julgadores, bem como requerer a aplicação, no caso dos postulantes em juízo, dos dispositivos penais em consonância com a ordem constitucional vigente, já que os mesmos, em grande medida, são elaborados em dissonância à ela.

Sendo assim, ante nossa realidade de legislação ideológica e volátil, com textos rigorosos, por vezes e, liberais em excesso, em outras, faz-se mister compreender os dispositivos elaborados pelo legislador ordinário, no trato dos delitos mais graves, denominados hediondos e seus assemelhados, em harmonia com os ditames constitucionais, mais especificadamente no que tange a individualização e proporcionalidade da pena, vez que a imposição de tal rigorismo encontra sua fonte na própria Carta Maior.

1. POSSÍVEIS CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DA HEDIONDEZ AO DELITO. ESCOLHA DO SISTEMA BRASILEIRO: CONSEQUÊNCIAS

> É necessário, na verdade, que se vá além e que se dê uma importância, um significado, um valor ao sistema, fazendo-se com que o sistema formal, isto é, a construção dos institutos, reflita a ordem própria do sistema substancial, do conteúdo das normas entre si reagrupadas (BETTIOL, 2000, p.58).

Existem, basicamente, três critérios para classificar determinado crime como hediondo. O critério legal, taxativo

ou enumerativo, transfere ao legislador a responsabilidade de catalogar os delitos que devem ser considerados hediondos (NUCCI, 2014). Por meio de uma enumeração taxativa (*numerus clausus)* elaborada por lei, ao juiz cumpre apenas verificar se determinada conduta se amolda a lista promulgada pelo legislativo. Em caso positivo, a hediondez se verifica, ainda que o delito não se revista de sordidez. Em caso negativo, como consequência do não etiquetamento, mesmo se a conduta transpassasse em um fato repugnante, a hediondez estaria obstada (LIMA, 2015, p.29-30).

O critério judicial ou judicial subjetivo, por sua vez, confere ao magistrado a possibilidade de classificar, quando da solução do caso concreto, determinado delito como hediondo ou não. Assim sendo, a depender das circunstâncias da ocorrência, incumbe ao juiz fixar a hediondez ao fato ocorrido. É um critério, a meu ver, que vai de encontro com as ordenanças do sistema garantista. Cite-se a pontual crítica acerca deste critério, elaborada por Renato Brasileiro de Lima (2015, p.29-30):

> Deveras, para a garantia do próprio cidadão – e o Direito Penal nada mais é do que uma limitação do poder repressivo estatal diante do direito de liberdade de cada pessoa – a incidência dos gravames penais e processuais penais da Lei dos Crimes Hediondos não pode ficar subordinada aos humores (ou aos azares) interpretativos do magistrado;

Por fim, ressalte-se a existência do critério legislativo definidor, híbrido ou misto. Esse critério defendido por doutrinadores do porte de Guilherme de Souza Nucci (2014, p.424) e Alberto Zacharias Toron (1996. p. 98), implica em prévia elaboração pelo Poder Legislativo do conceito de hediondez, descrevendo traços peculiares que caracterizariam essa es-

pécie de delito. Ao magistrado, frente ao caso concreto seria permitido enquadrar determinada conduta no conceito de hediondez fornecido pelo legislador ordinário, desde que, por óbvio, fundamentada sua decisão.

Dos critérios acima expostos, o sistema repressivo penal brasileiro acolheu o ideal da taxatividade para classificar determinada infração como hedionda. Assim, pode-se verificar, facilmente, que a adoção deste critério enseja o engessamento da avaliação do caso concreto. Por outro lado, é de se ressaltar que este mesmo critério, previne que a rotulação de hediondez fique condicionada ao mero subjetivismo do julgador, o que, indubitavelmente, deságua em segurança na aplicação da lei.

Porém, no contexto brasileiro, há a persistência do Legislativo em produzir leis penais que subjugam as garantias aos anseios escusos de clamor social (ALMEIDA, 2010), fato que acarreta em uma nebulosa avaliação legislativa, sem a existência de parâmetros contundentes para criação de tipos penais (NUCCI, 2014). Neste diapasão, o resguardo da legalidade que visa à segurança, transpõe a instabilidade indesejada em um sistema de intervenção penal minimalista. É um novo paradoxo.

Os exemplos que sustentam essa afirmação, são dos mais variados, desde o tipo de falsificação de produto destinado a fins terapêuticos (art. 273 CP), que veio a existir após escândalos midiáticos referente a pílula anticoncepcional, até a situação do beijo lascivo, que *a priori* configuraria o delito de estupro, que hoje consta do rol de crimes hediondos.

O delito transforma-se em produto lucrativo[55] e as rogativas públicas pela punição dura e marcada pelo paradigma da ignorância aumentam diariamente com o inestimável apoio do campo midiático. A consequência desta situação, é a in-

55. Nesse sentido, Georg Rusche e Otto Kircheimer asseveram que: “Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção”. (RUSCHE e KIRCHEIMER, 2004, p. 20).

tervenção indiscriminada do Direito Penal e, infelizmente, em várias circunstâncias, a relativização[56] de garantias esculpidas na Carta Maior, fato inaceitável em uma perspectiva de intervenção mínima e que resguarda os direitos fundamentais.

2. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: CONCEITUAÇÃO E BREVES COMENTÁRIOS

> O problema de Hegel [as diferenças percebidas entre o 'conceito' e a 'realidade presente' do Estado] retorna de outra maneira, quando consideramos aquelas sociedades em que o teor imaculado do texto constitucional não é mais do que a fachada simbólica de uma ordem jurídica imposta de forma altamente seletiva (HABERMAS, 1999 *apud* CANOTILHO et al., 2013).

As garantias são os instrumentos de que se valem o cidadão para conter os arbítrios do Estado. Tais instrumentos são fornecidos tanto ao desenvolvimento das liberdades individuais como aos interesses sociais, possuindo dentre outras funções, a de resguardar as minorias de possíveis abusos cometidos pela maioria organizada (FERRAJOLI , 2002). Como bem esclarecem Luiz Lênio Streck e José Luis Bolzan de Morais (2013) as garantias são fruto da luta contra o Estado absolutista, verificando-se que:

> de início, estabelece-se uma grande dicotomia que irá se apresentar na base do Estado Moderno, colocando de um lado o Estado absolutista, caracterizado pela figura do monarca, que se identificava

56. Gabriela Schneider exemplifica a violação das garantias constitucionais com a edição da Lei n°8072/90, fato que só reforça a necessidade de maiores discussões acerca desde texto legal. (SCHNEIDER, 2013).

> com o próprio Estado e, de outro, temos o desenvolvimento do modelo liberal, que, desde suas origens, significou a *limitação do poder e o estabelecimento de garantias próprias aos indivíduos*, ao lado de uma mecânica econômica assentada na liberdade contratual e no livre desenvolvimento do mercado. Toma-se como substrato básico o modelo liberal, para pensar como se desenvolve no seu interior a estrutura do Estado de Direito, partindo de seu modelo liberal clássico para chegar a um ponto de quase ruptura, representado pelo Estado Democrático de Direito. (CANOTILHO, et al., 2013, p.214, grifo nosso)

Sendo assim, as garantias envolvem institutos que abarcam todo o ramo da Administração Pública, que neste caso deve ser entendida no sentido lato, englobando, tanto os órgãos governamentais, supremo, constitucionais (Governo) como também os órgãos administrativos (DI PIETRO, 2014).

É relevante ter isso em mente, vez que não se pode incumbir exclusivamente ao Judiciário a responsabilidade quanto ao êxito do garantismo, considerando que no seu mister de julgar, enfrenta conflitos já instalados pela ineficiência da concretude dos direitos e garantias fundamentais[57].Como ensina Canotilho:

> Os direitos fundamentais vinculam as entidades públicas, não apenas de forma 'negativa' – impondo-lhes uma proibição de agressão ou ingerência na esfera do direito fundamental –, mas também de forma 'positiva' – exigindo delas a criação e manutenção dos pressupostos de facto [sic] e de direito necessários à defesa ou satisfação do direito fundamental. (CANOTILHO, 1991 *apud* ALMEIDA,2010)

57. Recomenda-se consultar o trabalho de Débora de Souza Almeida a respeito da Teoria Garantista Penal.

Por conseguinte, verifica-se que a para lograr sucesso no mister de efetivação das garantias, deve existir uma harmonia entre os Poderes e a sociedade. Entretanto, no contexto brasileiro, como já esposado, o que se constata é a plena desarmonia entre os seres sociais e a regência dos problemas da coletividade. Essa situação é consequência da fragmentação (BAUMAN, 1999) do diálogo entre os homens e seu estranhamento (BAUMAN, 2005). Não há mais identidade.

Inserto nesta conjuntura caótica, o legislador cria de modo compulsivo, textos legais desprovidos de eficácia, com a mera finalidade de tentar acalmar os ânimos da sociedade, manifestado por um imaterial e subjetivo clamor social fortemente instigado pelos instrumentos midiáticos[58].

Neste diapasão, a Lei n° 8072/90 reflete de modo diáfano a desordem normativa brasileira, em sua pior face, a que altera o sistema punitivo penal, aumentando o rigorismo de determinadas condutas em detrimento de garantias constitucionais. Que fique bem claro que existem infrações que devem ser punidas com mais severidade pelo Estado, disso não tenho dúvidas. Tal circunstância exara a vontade do constituinte, fato já afirmado quando da introdução desde trabalho. Contudo, o Direito Penal não pode se tornar um instrumento punitivo a ser moldado conforme os ditames da ideologia dominante. Há todo um aparato historicamente formado, após inúmeros trabalhos acerca da análise do delito e sua gênese, que não pode ser descartado em razão deste ou aquele movimento.

Dentro deste aparato, pode-se destacar dois relevantes princípios, o da individualização da pena e o da proporciona-

---

58. "Os temas discutidos no cotidiano são determinados pelas mensagens da mídia. É o que prevê a hipótese do *agenda setting*. Trata-se de uma das formas possíveis de incidência dos meios de comunicação de massa sobre a sociedade. É um dos efeitos sociais da mídia. Segundo essa hipótese, a mídia, pela seleção, disposição e incidência de seus produtos, determina os temas sobre os quais o público falará e discutirá. " BARROS FILHO, 2008, p.157, grifo do autor.

lidade da punição. Em razão da importância destes conceitos para o desenvolvimento desta pesquisa, mister trabalhá-los em tópico apartado.

3. INDIVIDUALIZAÇÃO E PROPORCIONALIDADE DAS PENAS

Desde Beccaria (2010), percebe-se equívoco do ideal de punição padrão, em outras palavras, é notória a falha de imposição da sanção penal com o mesmo rigor, para distintos denunciados que praticam infrações diferentes ou semelhantes[59], abdicando da particularidade que é peculiar a cada homem.

> Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado (BECCARIA, 2010, p.36).

Segundo Nucci (2014), individualizar é tornar singular o que antes era genérico, é promover a distinção de algo ou alguém em determinado contexto, evitando-se com isso a estandardização. Segundo o mesmo autor, individualizar a pena significa a eleição da justa e adequada punição penal, quanto a sua duração, espécie e qualidade, desde que levando em consideração o perfil do denunciado e os efeitos da sentença em relação a ele, de modo a tornar única a punição e o punido.

A individualização da pena que é verdadeiro direito subjetivo do réu, ocorre em três etapas bem definidas. A fixação, quando da elaboração do tipo penal pelo legislador ordinário, das

59. "É um grande mal, entre nós, aplicar a mesma pena àquele que rouba em uma estrada e ao que rouba e assassina. É evidente que, para o bem da segurança pública, dever-se-ia estabelecer alguma diferença entre as penas". MONTESQUIEU, 2002, p. 103.

penas mínimas e máximas, entendidas como suficientes para a prevenção e repressão do delito (NUCCI, 2014). Individualização legislativa[60] por excelência. Construído esse parâmetro, quando da solução do caso concreto, deverá o magistrado atuar em sua observância. Em outras palavras, cumpre ao juiz, eleger o montante de punição justo dentro da faixa já delineada pelo Poder Legislativo. É o que se denomina de individualização judiciária. Por fim, incumbe ao magistrado encarregado pela execução penal, individualizar o cumprimento da sanção fixada. Nos termos de Nucci (2014) é a "individualização executória".

> O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. (HC 97256/RS, T. P., j. 01.09.2010, v.u., rel. Ayres Brito *apud* Nucci, 2014).

No que tange a proporcionalidade da pena, é de se ressaltar sua particular importância no sistema penal, vez que

---

60. Aníbal Bruno, nos ensina que "na fixação da pena, a lei tem em vista o valor que a ordem do Direito atribui ao bem jurídico que se pretende proteger. Desse modo, realiza uma primeira individualização da medida penal em referência ao aspecto social-jurídico do crime, isto é, adapta a natureza e quantidade da pena ao valor do bem objeto da proteção legal". ANÍBAL BRUNO (1978) *apud* NUCCI (2014).

orienta a criação de tipos penais, por meio do paradigma da intervenção mínima, resguardando bens jurídicos de relevância destacada. Por conseguinte, impõe ao criador da lei o dever de dosar de modo adequado a carga sancionadora imposta àqueles que violam os preceitos penais (GOMES, 2003).

Assim, é de se ressaltar o viés do princípio da proporcionalidade na seara punitiva, no que tange a consagração da liberdade do homem, considerada um valor supremo no ordenamento jurídico, tendo em vista que ao Direito Penal é imposta a obrigação de balancear a punição pela lesão ao bem jurídico protegido em sacrifício do direito de liberdade. Neste sentido, segundo Magalhães Gomes (2003), o princípio da proporcionalidade se mostra como um estandarte de proteção à liberdade.

Segundo Humberto Ávila (2007), razoabilidade e proporcionalidade não são conceitos que se misturam:

> A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um *meio* e um *fim*, tal como o faz o postulado da proporcionalidade.

Entretanto, há aqueles que vislumbram uma fungibilidade entre a razoabilidade e a proporcionalidade. De modo geral, ambos encontram-se presentes em ordenamentos que visam o equilíbrio entre o poder punitivo e o resguardo das garantias dos cidadãos (RABELO, 2009). Para essa pesquisa, o importante é enxergar que tais tarefas não se encontram fechadas apenas na seara do Poder Judiciário, sendo emanadas para todos os outros Poderes.

Pelo exposto, pode-se compreender a grande relevância da atuação do Poder Legislativo no processo de proporcionalidade e individualização da pena. Se esse processo é executado de maneira falha, compromete-se o desenrolar das duas outras etapas individualizatórias. Como consequência, viola-se os preceitos garantistas[61], calcados em uma política de intervenção mínima e que regem a ordem punitiva constitucional hodierna.

3.1 OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO E PROPORCIONALIDADE DA PENA QUANDO DA EDIÇÃO E REFORMA DA LEI 8072/90

Reflexo do vício da individualização legislativa, são vários dispositivos que constam da Lei n° 8072/90, que dispõe acerca dos crimes hediondos, nos termos do art.5°, XLIII, da Carta Maior brasileira.

Ab initio, pode-se destacar a vedação total a progressão de pena, determinando o cumprimento integral da sanção privativa de liberdade em sistema fechado. Essa determinação perdurou por anos, até o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime no julgamento do *habeas corpus* (HC) 82.959, de 23 de fevereiro de 2006. Somente após essa declaração, fora editada Lei 11.464/07 que modificou a Lei 8072/90, permitindo expressa-

61. Com o objetivo de apontar o significado do garantismo, Luigi Ferrajoli ressalta que: "Segundo um primeiro significado, 'garantismo' designa um modelo normativo de direito: precisamente no que diz respeito ao direito penal, o modelo de 'estrita legalidade' SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. [...]. Em um segundo significado, 'garantismo' designa uma teoria jurídica da 'validade' e da 'efetividade' como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela 'existência' ou 'vigor' das normas. [...]. Segundo um terceiro 'significado', por fim, 'garantismo' designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade". FERRAJOLI (2002) *apud* ARAÚJO, (2009), p.281-282.

mente a progressão de regime para o denunciado que cometia crime hediondo[62]. Foram vários anos de violação ao princípio constitucional de individualização da pena. Cite-se alguns julgados, onde se ratificava a vedação a progressão de regime:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME FECHADO. AMBIGÜIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990. DENEGAÇÃO DA ORDEM. Embora a sentença condenatória contenha as expressões aparentemente antagônicas “inicialmente em regime fechado” e “vedada a progressão de regime”, não se pode infirmar que tenha sido pretendido outro resultado que não a vedação da progressão de regime, uma vez que a decisão fundamentou-se na lei de crimes hediondos. Até que o Pleno do Supremo Tribunal Federal decida de modo contrário, prevalece o entendimento de que é constitucional a vedação de progressão de regime em casos que envolvam crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990). Ordem denegada. (Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA. HC 86740 / MT - MATO GROSSO Julgamento: 06/12/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma- Acórdãos citados: HC 85142, HC 85805, HC 85999).

> EMENTA: Habeas corpus. 2. Processual Penal. 3. Crime hediondo. 4. Progressão de regime.5. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a constitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072, de 1990**. Precedentes. 6. Entendimento contrário dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Ressalva de uma melhor

62. Para mais informações, acessar: http://www.ibccrim.org.br/noticia/13774-Smula-do-STJ-define-parmetros-para-progresso-de-regime-em-crimes-hediondos.

> análise da matéria.7. Habeas corpus indeferido. (Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Relator (a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES Julgamento: 19/12/2002. HC 82638 / SP - SÃO PAULO. Grifo nosso.)

O art. 2°, §1° da Lei 8072/90, após a reforma feita por meio da Lei 11.464/07, por sua vez, prevê a obrigatoriedade do regime fechado para início de cumprimento de pena por cometimento de crime hediondo. Mais uma atrocidade ao princípio da individualização da pena. Como acima já esposado,

> a individualização da pena é um direito subjetivo do acusado de obter, no caso de ser condenado criminalmente, a pena justa, imparcial e livre de qualquer padronização, em decorrência natural e lógica dos comandos de cálculo da pena, cujo objetivo é evitar abusos e arbítrios (MORAIS (2012) *apud* NUCCI (2014).

Quando da fixação obrigatória de um mesmo regime, para denunciados diversos e que cometem infrações distintas, embora imiscuído no conceito da hediondez, imobiliza-se a atuação do magistrado para a adequada e justa punição. Neste passo, o legislador consegue se equivocar duas vezes. Quando da edição da redação original da Lei 8072/90, bem como quando da sua reforma, com a Lei 11.464/07. Isso é inaceitável.

Atento a essa violação, o Supremo Tribunal Federal em junho de 2012 declarou a inconstitucionalidade deste parágrafo, prestigiando o princípio da individualização da penal. Segue ementa:

> EMENTA Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei

nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbi-

> ce constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (HC 111840, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULGADO 16-12-2013 PUBLICADO 17-12-2013).

Ressalte-se que esta decisão repercute no âmbito de todos os delitos hediondos e equiparados. Assim sendo, as penas fixadas ao sentenciado que cometeu crime hediondo, podem ser cumpridas em qualquer regime inicial, desde que fundamentada da sentença, com base no art. 59 do Código Penal (NUCCI, 2014).

Infelizmente os equívocos não cessam aqui. Quando da majoração das penas de vários delitos, o legislador fez saltar a punição do delito falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art.273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, do Código Penal) do patamar de três anos de reclusão para a absurda quantificação de dez a quinze anos de reclusão[63], mantida a pena de multa (NUCCI, 2014). É de clareza solar a violação desta sanção ao princípio da proporcionalidade da pena. O tipo que

63. Foi aplicada pena de 3 anos de reclusão ao réu que introduziu no território nacional 6 comprimidos do medicamento Cytotec, desprovido de registro e de licença do órgão de Vigilância Sanitária competente. "(...) A pena do delito deve, por excessivamente severa, ficar reservada para punir apenas aquelas condutas que exponham a sociedade e a economia popular a 'enormes danos'. Nos casos de fatos que, embora censuráveis, não assumam tamanha gravidade, deve-se recorrer, tanto quanto possível, ao emprego da analogia em favor do réu, recolhendo-se, no corpo do ordenamento jurídico, parâmetros razoáveis que autorizem a aplicação de uma pena justa, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade. (...)". TRF, 4ª Reg. Ap. Crim. 2001.72.00.003683-2/SC, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, 8ª T. Porto Alegre-RS, 9/2/2005.

ora se trata é classificado como de perigo, e possui pena superior a muitos delitos de dano, a exemplos dos delitos de homicídio simples (art.121, *caput*, CP), furto (art.155, CP), roubo (art.157, CP), estupro (art.213, CP), extorsão (art.158, CP). Não há sentido nesta lógica traçada pelo legislador ordinário. Além do mais, com um diferencial estreito para a fixação da pena pelo magistrado (dez a quinze anos) viola-se ainda o princípio da individualização das penas.

Neste diapasão, relembre-se que a falsificação de cosméticos (art.273, §1° -A, CP) também enseja punição de dez a quinze anos de reclusão. Repito, dez anos é o período mínimo que um falsificador de cosméticos pode ser condenado, não olvidar que pena mínima do homicídio é de seis anos. A inconstitucionalidade é gritante, face a clara violação do princípio da proporcionalidade das penas! Com espeque nas lições do desembargador Guilherme Nucci (2014), também entendemos que essa conduta deve ser reprimida. Entretanto, não com a punição no patamar em que se encontra.

Em meio a essa desordem, a jurisprudência tenta solucionar essa situação permitindo a condenação do denunciado deste crime, valendo-se da analogia *in bonan partem* do tipo penal do tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/06) para aplicação da pena (ex. ACR: 0006874-17.2008.404.7002, 7.ª T., rel. Claudia Cristina Cristofani, j. em 20.08.2013, DE 29.08.2013).

Pelo exposto, verifica-se grandes falhas no sistema repressivo instituído pela Lei 8072/90, ora limitando a aplicação do princípio da individualização da pena, ora violando a proporcionalidade das penas. Isso sem falar acerca da irracional não elevação da pena do crime de genocídio ou da fixação da hediondez ao homicídio simples.

CONCLUSÃO

Diferentemente de parcela da doutrina contemporânea[64], não entendemos que a Lei n° 8072/90, merece ser simplesmente revogada, conquanto vislumbramos que a mesma necessite de uma apurada reforma.

Durante o desenrolar desta pesquisa, pode-se constar a existência graves vícios de índole constitucional no texto da Lei dos crimes hediondos, que são consequência da compulsão do legislador brasileiro em criar tipos incriminadores e agravar penas. A eficácia simbólica do texto legal é notória. Hassemer (1999, p.90) ensina que neste contexto os "efeitos reais e afirmados não são esperados, o legislador obtém, pelo menos, o ganho político de ter respondido aos medos sociais e às catástrofes de grandes proporções com prontidão", enfim os textos continuam sendo meros textos, não normas[65] compreendidas pela sociedade.

A imediacidade das sociedades avançadas, acaba por racionalizar o irracional, como a criação de leis que violam princípios constitucionais. A Lei 8072/90 é apenas um dos vários exemplos que existem. Nesta situação, já podemos afirmar que cumpre ao Judiciário, mas não só a ele, trabalhar de maneira clara e polida "quando da aplicação legal de institutos obscuros, que muitas das vezes visam apenas demonstrar a prevalência dos interesses dos grupos dominantes na ânsia de sua glorificação, com a consequente degradação do grupo opositor (MENDES e MONTEIRO, 2015, p.14)".

O Direito Penal não pode ser encarado como uma simples ferramenta para acalantar certos receios sociais dominados por ideologias voláteis. Entretanto, essa realidade não tende

---

64. Nesse sentido, Alberto Silva Franco. *Um crime sem definição legal*. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0403200610.htm Acesso em:22/02/2015.

65. Norma compreendida como resultado da atividade interpretativa fruto da combinação do texto da lei com o fato da vida e, subdividindo-se, em duas espécies. São elas: regras e princípios. (GRAU, 2006. p. 170-205).

a mudar, vez que legislação simbólica inseriu-se no *habitus*[66] da função do legislador contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Débora de Souza de. A teoria do garantismo penal em questão: o olhar anti-inquisitorial da axiologia de Luigi Ferrajoli. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2701, 23 nov. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17878>. Acesso em: 20 fev. 2015.

ARAÚJO. Fábio Roque da Silva. **O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal**: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir. 2009. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_273.pdf. Acesso em:22/02/2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O Princípio da Publicidade no Processo Penal, Liberdade de Imprensa e a Televisão: uma Análise Transdisciplinar. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v.11, n.62, p.106-153, jun./jul 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade.** Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

---

66. Nas palavras de Bourdieu (2007, p.191), o *habitus* é um "sistema de disposições socialmente constituídas que, enquanto estruturas estruturadas e estruturantes, constituem o princípio gerador e unificador do conjunto das práticas e das ideologias características de um grupo de agentes".

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998

BARROS FILHO, Clóvis. Ética na comunicação. Ed.6°. São Paulo: Summus, 2008.

BECCARIA, Cesare**. Dos delitos e das penas.** Tradução Ricardo Rodrigues Gama**.** São Paulo**:** Russell, 2010, formato virtual epub.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**, Campinas: Red Livros, 2000. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1.

17. ed. rev., ampl. e atual de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. 5a ed. São Paulo: Perspectiva,2007.

BOURDIEU, Pierre; **Meditações Pascalianas**. Tradução Sergio Miceli. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 85687 / RS - RIO GRANDE DO SUL. Relator (a): Ministro. Carlos Velloso**.** Julgamento: 17/05/2005. **Diário de Justiça Eletrônico.** Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354246. Acesso em:22/02/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 111.840/ES, Relator (a): Ministro Dias Toffoli, Pleno, julgamento 27.06.2012. **Diário de Justiça Eletrônico.** Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5049490. Acesso em:22/02/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82638 / SP. Relator (a): Ministro Sepúlveda Pertence. Relator (a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes Julgamento: 19/12/2002. - SÃO PAULO**. Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79106. Acesso em: 22/02/2015.

CANOTILHO J. J. Gomes...[et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil** – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DI PIETRO**,** Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – São Paulo, Atlas. 27ª Edição 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. Tradutores Fauzi Hassan Choukr / Juarez Estevam Xavier Tavares / Luiz Flávio Gomes. ed.1°. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Um crime sem definição legal.** Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0403200610.htm Acesso em:22/02/2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial** Comentada (2015) - Volume único - 3a ed.: Rev. amp. e atualizada. Bahia – Juspodvm, 2015.

MARTHA RABELO, Graziele. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambito juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990>. Acesso em fev 2015.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HASSEMER, Winfried. ***Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación em derecho penal**. Tradução Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

MENDES, Ronaldo Pimenta. MONTEIRO, Deivison Resende. **O novo sistema recursal do agravo de instrumento**. Revista de direito processual civil. UERJ. ISSN 1982-7636. PP 416-434. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16879. Acesso em:27/09/2016.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. 5ª C.Criminal - AC - 599295-2. Rel.: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira - Unânime - - J. 18.02.2010. Disponível em: < http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1916727/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-599295-2# > Acesso em:02/04/2015.

RUSCHE, Georg. KIRCHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Tradução: Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan: Instituto carioca de criminologia, 2004.

SCHNEIDER, Gabriela. A sociedade da insegurança e o legislador atento e decidido. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: <http://www.ambito juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13450&revista_caderno=3>. Acesso em fev 2015.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos: o mito da repressão penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

A QUEM INTERESSA O FORO POR PRERROGATIVA POR FUNÇÃO NO BRASIL

Wagneriana Lima Temóteo Camurça
Mateus Natanael Targino Maurício
Natália Pinto Costa

INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que nunca se viu no Brasil uma situação de crise institucional de tão grande dimensão. Refere-se isso ao cenário de apuração de grandes escândalos de corrupção, envolvendo todas as esferas, combinado com uma grave crise econômica que trouxe, sobretudo, alto índice de desemprego aliado à (suposta?) necessidade de reformas no âmbito tributário e previdenciário que com certeza sobrecarregarão ainda mais a população. Com este cenário nada amistoso, o povo vigia os agentes do poder público e exige que estes sejam julgados de forma exemplar pelos seus atos de corrupção, voltando-se o olhar para os Tribunais e atuação destes.

É diante dessa atuação mais política do povo que reascendeu o debate acerca da manutenção ou não do foro por prerrogativa de função, para muitos, tratado como "foro privilegiado", em referência à ideia de que não se justifica que os agentes públicos tenham direito de serem julgados de for-

ma diferenciada do povo. Por um lado, o discurso é de que o foro estabelecido pela Constituição Federal de 1988, protege a função e não o agente e seria uma forma de proteger a própria democracia, haja visto que seria bastante arriscado deixar nas mãos de juízes de primeira instância o poder de julgar atos muitas vezes ligados à atuação do Estado, entravando-o. De outro lado, rebate-se o argumento da necessidade de proteção constitucional de tais funções, pois em verdade, estas prerrogativas na prática são desvirtuadas e remetem a um histórico indevido de manutenção de privilégios. Nossos Tribunais, para essa corrente, não teriam condições de julgar tais indivíduos, especialmente na esfera penal, em que se exige um lastro probatório extenso, além de se restarem bastante comprometidos, pois muitas vezes teriam ligações políticas com aqueles que os indicaram. O tema, pois, é polêmico e é dele que este artigo tratará.

1. A IGUALDADE NA DEMOCRACIA

Simone Goyard-Fabre, aponta-nos que o regime democrático possui “uma aura de promessas” (2003, p. 76), revelando que historicamente a democracia apresentou-se, talvez com uma função mística, como grande solucionadora dos conflitos inerentes da nação, já que confere ao povo, “de forma igualitária” (pelo menos na concepção contemporânea, o poder de autogoverno). Todos, na democracia, submeter-se-iam à lei, sendo portanto, uma esperança de que tempos de dominação de uns poucos, terminaria. Na democracia contemporânea, uma de suas facetas é o “amor pela justiça”, exigindo “de todo um povo e de cada um o respeito das regras e das leis que o governam, pois são elas que (...) protegem os cidadãos, acabam com a insegurança e garantem, com a igualdade, a liberdade do maior numero” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 54).

No sentido então de que a democracia também corresponde o alcance da lei a todos, inclusive os agentes políticos, que tem que ser julgados por seus atos. Infelizmente, parece-nos que na atual democracia, pelo menos no Brasil, "ninguém mais aceita regras ou obrigações, mais ninguém quer obedecer". Vive-se uma "democracia confusa" e a pergunta que se faz é: "seria necessária uma outra democracia"? (SARTORI, 1987).

> É um regime cheio de prazer, desprovido de autoridade, mas não de mixórdia, distribuindo aos iguais bem como aos desiguais certo modo de igualdade. Em semelhante impostura política e moral, a vacuidade axiológica é tal que a Cidade-Estado está em guerra consigo mesma. ((GOYARD-FABRE, 2003, p. 70)

Pode ser que a própria origem de nossa democracia, "exportada" de outros povos (BORON, 2003, p. 8) tenha permitido a permanência de grandes disparidades de tratamento entre governantes e governados. Tem-se, então, uma democracia política convivendo com a realidade da tirania econômica e da propriedade (que poucos têm). Tais redes de poder é que parecem sustentar a ideia de julgamentos diferenciados. Há, então, uma relação de descontinuidade entre os discursos teóricos que permeiam a democracia – dentre os quais o conceito de igualdade de tratamento – e a prática.

É no contexto dessa democracia "à brasileira" que se procura entender qual o intuito da separação de poderes e como estas funções devem equilibrar-se. O Estado, classicamente, é composto de "segmentos estruturais"(CARVALHO FILHO, 2015, p. 2) e entre estes "deve haver o necessário equilíbrio, de forma a ser evitada a supremacia de qualquer deles sobre outro" "(CARVALHO FILHO, 2015, p. 2) . Entretanto, parece-

-nos que diante do não funcionamento regular das funções executiva e legislativa, entravadas pelos escândalos atuais de corrupção no Brasil, ao Judiciário tem se voltado a população com exigências de que este solucione tais problemas, em um papel talvez extremante ativista. Tal fenômeno ocorre muito pela aparente falta de legitimidade do Executivo e Legislativo, permitindo-se uma extrema aproximação entre direito e política. A política teve que ser judicializada.

2. UMA ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO SOBRE O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÕES

Neste ponto faz-se necessário fazer uma diferenciação etimológica entre as expressões prerrogativa e privilégio, pois são vocábulos muitas vezes usados de formas indistintas, mas que demandam interpretações diferentes. É bem verdade que também, há quem se utilize da palavra privilégio como crítica e demonstração concreta do sentido prático das prerrogativas de função existentes. Vê-se a seguir a distinção entre os termos, conforme Belém (2008,p. 21):

> O vocábulo privilégio é oriundo do termo latino prïvilëgïum que representava “lei ou medida tomada em favor de um particular” ou “lei excepcional (...) Praerogätïva é outro termo com origem na língua latina, o qual será utilizado com freqüência em nosso estudo, cujo significado é a ação de votar em primeiro lugar, ensejando o mesmo sentido do privilégio, pois servia para designar uma prerrogativa que os centuriões tinham para votarem antes de qualquer classe4, tendo assim, a primeira escolha.

O instituto do foro por prerrogativa de função remonta ao fim da antiguidade, podendo ser encontrado na própria estru-

tura da política grega. Retira-se essa afirmação, por exemplo, de Platão, que descreveu em seus escritos, acerca do tratamento diferenciado de pessoas denominadas reparadoras, "encarregados da escolha e gestão dos magistrados" (PLATÃO, p. 478). O tratamento diferenciado consistia inclusive com regalias em vida e na morte, ao tempo em que se fosse acusado de qualquer comportamento nocivo à cidade-Estado, era julgado por um grupo de juízes selecionados para tal fim.

A história de privilégios concedidos aos homens públicos permanece. No século V, por exemplo, com a Igreja Católica, no fim do Império Romano, havia o incentivando o foro para os senadores, por exemplo, fazendo prevalecer a ideia que seus iguais deveriam julgá-los, assim como no caso dos sacerdotes da própria igreja, que deveriam julgar seus confrades.

Tal instituto começou a ser adotado pelos ordenamentos jurídicos, como Portugal na época das Revoluções Filipinas. Com o decorrer dos anos o Instituto do foro por prerrogativa de função foi sendo cada vez mais usado nos países da Europa, até ser importado para o Brasil com a primeira constituição, que data da época do império em 1824 e dizia, em seu artigo 47, que cabia ao Senado Imperial: "conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura", bem como "conhecer da responsabilidade dos Secretarios, e Conselheiros de Estado" (1824)

Aquela Constituição ia ainda mais longe ao dizer em seu artigo 99 que o Rei era uma pessoa inviolável e sagrada, não lhe cabendo nenhuma responsabilidade, e dizia ainda que ao Supremo Tribunal de Justiça, mais alta corte do país a época cabia: "conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias" (1824)

Com o fim do Império do Brasil em 1889, e a promulgação da primeira constituição republicana em 1891, o foro por prerrogativa de função não só foi mantido, como foi aprimorado, com seu texto estabelecendo no artigo 53 que: "o Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado". (1891)

A partir da primeira Constituição Republicana, todas as que á seguiram, democráticas ou não, mantiveram e aumentaram cada vez mais as hipóteses e os cargos que seriam abarcados pelo foro por prerrogativa de função, até a atual Constituição em vigor, que data de 1988 e disse que: o Presidente e o Vice-Presidente da República; os ministros de estado, os parlamentares (deputados e senadores) estão sob jurisdição do Supremo Tribunal Federal, os governadores, sob jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, e os prefeitos sob jurisdição dos Tribunais de Justiça (remete-se o leitor aos artigos 105 e 109 da Constituição Federal, entre outros).

A Constituição Federal de 1988 garante o foro a uma enormidade muito maior de cargos, não só dos poderes Legislativo e Executivo, mas também, e principalmente, a cargos do Poder Judiciário como, por exemplo; ministros de Tribunais Superiores, Procurador-geral da República, Desembargadores federais e estaduais, e juízes federais e estaduais. Em uma primeira análise pode-se compreender que as mais altas funções estatais mereçam a devida proteção, a evitar ingerências indevidas, até por questões de perseguição política. Proteger-se-ia a função em si, para que o agente possa agir da forma mais livre - respeitadas a legalidade e os ditames constitucionais – em prol do bem do Estado.

Cabe ressaltar que além dos cargos com foro por prerrogativa de função no âmbito federal, ainda existe no Brasil ou-

tras hipóteses de tal instituto, consagrados nas Constituições Estaduais, como por exemplo, vice-governadores, presidentes de companhias estaduais e até vereadores, como é o caso do Rio de Janeiro, antiga capital do Império.

O tema, embora antigo, veio à tona para discussão com mais força nos últimos tempos, em decorrência da, assim denominada Operação Lava-Jato, iniciada em 2014 (trata-se de operação conjunta da Polícia Federal, do Ministério Público Federal e Judiciário com vistas a investigar, processar e condenar diversos agentes públicos e do setor privado envolvidos em práticas de corrupção generalizada contra a Administração Pública Federal). A crítica maior é de que em razão da suposta morosidade dos tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal de julgar ou mesmo aceitar uma denúncia contra agentes públicos envolvidos em crimes. O debate da questão é antigo, como pode-se observar no voto-vista do então ministro do STF, Sepúlveda Pertence na Ação Penal 315 / 1999, em que ele afirmou, pós observar as Constituições e Leis de sete países, quais sejam Estados Unidos, Argentina, Espanha, França, Itália, Portugal e Venezuela, ser o nosso diploma constitucional muito benéfico em relação de outorgar foro por prerrogativa de função a tantos agentes. Em suas palavras: “certo, poucos ordenamentos são tão pródigos quanto a vigente Constituição brasileira na outorga da prerrogativa de foro”. (STF, 1999,on line).

Ao contemplarmos as Constituições de países de “primeiro mundo”, as melhores economias mundiais, observamos enorme discrepância com o modelo constitucional vigente no Brasil no que tange ao foro. No caso dos Estados Unidos da América, por exemplo, em que apenas o presidente e os ministros possuem a prerrogativa, perante a Suprema Corte, além de embaixadores, outros ministros e cônsules, embora

ressalte-se que a Suprema Corte só se pronuncia no caso do Presidente em casos de recursos oriundos de Tribunais inferiores ou de Impeachment.

No modelo alemão apenas o primeiro-ministro e o presidente têm foro. Na França só o presidente e os ministros tem a prerrogativa em uma corte especial, "Cour de Justice de la République", assim como na Itália. Já em Portugal apenas o presidente e o presidente do parlamento possuem a prerrogativa, na Espanha, além destes, possuem ainda prerrogativa, os parlamentares. Na Inglaterra, apesar de ser uma monarquia, tal instituto não existe, e os Tribunais Superiores não se manifestam originariamente, apenas em casos recursais.

Ao regionalizarmos, observando o caso dos países vizinhos do Brasil na América do Sul, pode-se perceber que a restrição ao foro por prerrogativa de função não é exclusividade dos países mais ricos do mundo. No modelo argentino apenas o presidente e os ministros possuem o foro, no Peru e no Uruguai não há nenhuma prerrogativa. A Colômbia é o modelo mais próximo ao brasileiro, mas ainda assim não tão largo como o modelo brasileiro, pois não há foro para prefeitos. Cabe-se ressaltar ainda o ordenamento da Venezuela, que mesmo passando por graves instabilidades democráticas quando só conserva o foro aos parlamentares e ao Presidente do Parlamento.

Constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro é único no mundo que tem um leque alargado e de tantas possibilidades de foro. Nesse sentido, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, em uma entrevista ao Jornal Folha de São Paulo disse:

> Algumas cortes constitucionais europeias detêm competência penal originária. A Corte Constitucional italiana, por exemplo, mas para hipóteses muito limitadas, quatro ou cinco, e nada mais. Na França,

> o Conselho Constitucional detém competência penal originária em relação a pouquíssimas autoridades, cinco, se tanto. No modelo norte-americano, já ao contrário, não há prerrogativa de foro. Temos algumas constituições que se aproximam do modelo brasileiro, mas este é quase insuperável, quase invencível (2012, on line).

Nesse mesmo sentido manifestou-se em uma entrevista do dia 14 de fevereiro de 2017 o Ministro do STF Luís Edson Fachin ao dizer que o Foro privilegiado "é incompatível com o princípio republicano". Já o também ministro do STF Luís Roberto Barroso foi ainda mais contundente ao escrever em um despacho do dia 17 de fevereiro de 2017, que o foro por prerrogativa de função é uma "perversão da justiça", e completou dizendo que "O foro por prerrogativa é causa frequente de impunidade, porque dele resulta maior demora na tramitação dos processos e permite a manipulação da jurisdição do tribunal" (2017).

Como se observa, ao fazer uma análise de direito comparado, são extraídas algumas lições, como por exemplo, que o Brasil tem o foro por prerrogativa de função mais abrangente dos ordenamentos jurídicos dos principais países do ocidente, a previsão constitucional e infraconstitucional de cargos com este privilegio é imensa, necessitando de uma readequação urgente para que o Brasil possa se equiparar aos maiores e mais ricos países do mundo, rumo a uma justiça mais célere, e acima de tudo, justa.

3. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DO FORO POR PRERROGATIVA NO BRASIL

O foro por prerrogativa de função assume uma roupagem exclusiva no nosso ordenamento jurídico brasileiro, em razão do grande número de cargos abrangidos por esta garantia.

Dentro do Código de Processo Penal, a matéria competência é disciplinada a partir do art.69, o inciso VII, mais especificamente enuncia que uma das formas de delimitação da competência será a prerrogativa de função, que será complementado pelos arts. 84 a 87, tais dispositivos disciplinam quais são os detentores da prerrogativa, bem como os órgãos que irão deter a competência. Entre estes, pode-se citar, O Supremo Tribunal Federal, que tem suas competências privativas descritas no art. 102, Constituição Federal de 1988, acrescenta-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e o Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, podem ser os órgãos julgadores, e relativo aos Tribunais De Justiça.

A prerrogativa de foro é um instituto que foi incorporado há diversos anos no ordenamento pátrio, cujo o objetivo não é proteger a pessoa do cargo e sim o interesse público decorrente de seu exercício, ou seja, o principal objetivo é que os detentores do foro possam ter a garantia de que serão julgados com total imparcialidade. Mas os críticos apontam que este nada é mais que um direito garantido a todos da população. Ademais, há o direito inverso: de que o acusado não terá nenhum privilégio em razão da influência do cargo ocupado. Aduz Victor Leal Nunes em julgado de 1962:

> A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os

> ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja a eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado" (Recl. 473, rel. min. Victor Nunes, j. 31/1/1962, DJ 6/6/1962).

O tema ganhou uma ampla repercussão em 2017, principalmente após a Operação Lava Jato e a ação Penal 470, conhecida como ''mensalão'', em que existem um vasto número de réus e investigados, que são deputados, senadores, entre outros detentores da prerrogativa.

Diante destes casos, colocou-se em pauta novamente o questionamento se o STF seria o órgão mais adequado para julgar originariamente ações penais, uma vez que dados mostram que existem no Brasil em torno de 37 mil detentores de foro por prerrogativa de função[67], um número bastante elevado que devem-se dividir entre o STF, que julga o presidente da república, vice-presidente, deputados federais, senadores, ministros, procurador geral da República, comandantes militares, ministros do Tribunal de Contas da União, chefes de missões diplomáticas e ministros de tribunais superiores, o STJ que deverá julgar os governadores, desembargadores do TJ´s, TRF´s e TRT´s, membros do TRE´s e conselheiros dos TCE´s e TCM´s, os TRFS para julgar os juízes federais e os membros do ministério público da União e os TJS para julgar prefeitos, vice prefeitos com foro, vereadores com foro, vice governadores com foro, secretários estaduais com foro, depu-

67. Deve-se lembrar que dentro deste número encontra-se todos os juízes federais, estaduais, membros do ministério público que compõem o poder judiciário, então existe uma grande discussão de qual é o número exato das pessoas detentoras de foro, entretanto, quando se trata de políticos este número reduz para: 513 deputados, 81 senadores e 28 ministros de Estado.

tados estaduais, juízes estaduais, procuradores-gerais do Estado, procuradores gerais de Justiça e defensores públicos gerais.

O foro por prerrogativa de função não é um assunto pacífico, as opiniões divergem-se bastante, há quem acredite que a instituição do foro fere o princípio da igualdade/isonomia, argumento este que não possui razão para prosperar, uma vez que como já foi mencionado a prerrogativa tem uma dupla proteção, além de ser uma garantia inerente cargo. Entretanto por ser um tema que divide opiniões existem alguns projetos de emendas constitucionais que pretendem mudar a atual conjectura do foro.

Dentre estes projetos, pode-se mencionar a PEC 10/2013[68] de autoria do Senador Álvaro Dias, Senadora Ana Amélia, Senador Jarbas Vasconcelos entre outros, que pretende alterar os arts. 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função nos casos de crimes comuns, cujo o relator é o Senador Randolfe Rodrigues. Tem-se também a PEC 261/2016[69] de autoria do Senador Bacelar e outros que pretende alterar a redação dos artigos 53, 96 102, 105 e 108, e revogar dispositivos da Constituição Federal, para limitar as hipóteses de foro especial por prerrogativa de função e prever a criação de vara especializada da Justiça Federal para julgar, originariamente, as infrações penais que especifica, que foi recebida no final de agosto de 2016 pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC), temos também a PEC 142/2012[70], apresentada pelos Deputados Rubens Bueno (PPS-PR) e outros, que: “extingue o foro especial por prerrogativa de função, ressalvadas as hipóteses de crime de responsabilidade’’, foi arquivada em janeiro de 2015, porém em fevereiro do mesmo ano, o deputado Rubens Bueno requereu

68. http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574

69. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1485225&filename=Tramitacao-PEC+261/2016

70. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=536261

o seu desarquivamento, e atualmente encontra-se apensada junto a PEC 206/2016, existem pelo menos outros 10 projetos que pretendem mudar de alguma forma o foro por prerrogativa, e os argumentos são dos mais variados, desde o tempo médio de demora para o STF receber a denúncia (617 dias), como a sensação de impunidade devido ao grande número de prescrições reconhecidas em vez de condenações, o que pode-se concluir é que os argumentos são bem distintos.

Porém, o que merece mais destaque é que o Supremo Tribunal Federal, possui diversas competências como órgão de cúpula máxima da nação brasileira, entre elas pode-se citar o controle de constitucionalidade, além de uniformizar a jurisprudência com decisões de repercussão geral e as súmulas vinculantes, e após a EC 31/ 2001 que deixou de condicionar as ações contra parlamentares à autorização de qualquer casa legislativa, este passou a julgar efetivamente ações penais, diante desse contexto, questiona-se se uma corte com apenas 11 ministros teria estrutura para realizar instruções penais de diversos processos? A título exemplificativo, apenas na Operação Lava-jato havia, até dia 14 de fevereiro de 2017, mais de 11 denúncias para serem recebidas. Devemos transformar o STF em um tribunal Penal? E como ficaria a sua posição como guardião da Constituição nas demais demandas? O que se questiona não é a existência do foro por prerrogativa por função, e sim o número excessivo de beneficiários, no que tange a morosidade, argumento usado como justificativa em algumas das pec´s para a extinção do foro, percebe-se que este não é um problema exclusivo do STF e sim do judiciário como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELÉM, Orlando Castro Neves. **Do foro privilegiado à prerrogativa de função**. Dissertação de Mestrado. 2008. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

BORON, Atílio A. **Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra. 2003

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**. Página visitada em 7 de abril de 2017.

______. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Página visitada em 7 de abril de 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª edição. São Paulo: Atlas. 2015.

FILHO, NEWTON TAVARES. **Foro por prerrogativa de função no Direito comparado.** Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2015_21981_foro-por-prerrogativa-de-funcao-no-direito-comparado_newton-tavares Acesso em: 06 de abril de 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO - **Ministro do STF defende fim do foro privilegiado**.

Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/27764-ministro-do-stf-defende-fim-do-foro-privilegiado.shtml Acesso em 06 de abril de 2017.

GOYARD-FABRE. Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes. 2003.

MOREIRA, Rômulo Andrade. **A COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO,** Revista Diálogo Jurídico,n°18,Salvador,Bahia,2012, Disponível < http://www.direitopublico.com.br/revistas/14202509/competencia_prerrogativa_de_funcao_romulo_moreira.pdf > < acesso em 06/04/2017 >

O GLOBO – **Barroso diz que foro privilegiado representa 'perversão da Justiça**. Disponível em: https://oglobo.

globo.com/brasil/barroso-diz-que-foro-privilegiado-representa-perversao-da-justica-20940589 Acesso em: 07 de abril de 2017

__________ - **Fachin afirma que foro privilegiado é 'incompatível com princípio republicano'** Disponível em: http://oglobo.globo.com/brasil/fachin-afirma-que-foro-privilegiado-incompativel-com-principio-republicano-20943772 Acesso em: 07 de abril de 2017.

PERTENCE, SEPÚLDEVA. **Ação Penal 315/1999**. Disponível em https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14756906/acao-penal-ap-312-df-stf Acesso em: 07 de abril de 2017.

PLATÃO. – **As leis, ou da legislação ou Epinomis**. Bauru: EDIPRO, 1999.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO nº 10, de 2013, disponível em: http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574 < acesso em 06/04/2017.

PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO N° 261 DE 2016 , disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1485225&filename=Tramitacao-PEC+261/2016 < acesso em 06/04/2017.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N°142, DE 2012, disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=536261 < acesso 06/04/2017).

SARTORI, Giovanni. **A teoria da Democracia Revisitada. Volume I- O debate contemporâneo.** São Paulo: Ática. 1987